جامعة محمد بوضياف-المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

1985
جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية في قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

عزوز هناء

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
محمد الطاهر بلموهوب	أستاذ محاضر -أ-	رئيسا
أحمد غرابي	أستاذ محاضر -أ-	مشرفا
محمد بن قسمية	أستاذ محاضر -أ-	مناقشا

السنة الجامعية 1436-1437 هـ/ 2015-2016 م

جامعة محمد بوضياف-المسيلة
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم الحقوق

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila
1985

السلطة التقديرية لقاضي الأحوال الشخصية
في
قانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في الحقوق
تخصص: أحوال شخصية

إعداد الطالبة:

عزوز هناء

لجنة المناقشة:

الاسم واللقب	الرتبة	الصفة
محمد الطاهر بلموهوب	أستاذ محاضر -أ-	رئيسا
أحمد غرابي	أستاذ محاضر -أ-	مشرفا
محمد بن قسمية	أستاذ محاضر -أ-	مناقشا

السنة الجامعية 1436-1437 هـ/ 2015-2016 م

بسم الله الرحمن الرحيم

شكر وتقدير

الحمد لله حمدا كثيرا، أولا وأخيرا، فهو الكريم الذي أكرمني بجود عطائه ومن علي من واسع فضله بأن ألهمني لإتمام هذا البحث على خير حال.

ثم أتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى من أولاني من الاهتمام قدرا عظيما فأحاط بكل صغيرة وكبيرة في بحثي دون كلل أو ملل، فله مني جم التقدير والاحترام والامتنان، أستاذي الفاضل: أحمد غرابي.

قائمة المختصرات:

ق.أ.ج: قانون الأسرة الجزائري.

ق.م: قانون مدني.

ق.ع: قانون عقوبات.

ق.إ.م.إ: قانون إجراءات مدنية وإدارية.

م.ع: المحكمة العليا.

غ.أ.ش: غرفة الأحوال الشخصية.

د.ط: دون طبعة.

د.م.ن: دون مكان النشر.

د.ت.ن: دون تاريخ النشر.

ج: الجزء.

مقدمة

مقدمة

تعتبر الأسرة هي الخلية الأساسية للمجتمع تتكون من أشخاص تجمع بينهم صلة القرابة والزوجية، هذه الأخيرة شرعها الله قبل القوانين الوضعية في قوله تعالى﴿ **ومن آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا إليها وجعل بينكم مودة ورحمة إن في ذلك لآيات لقوم يتفكرون﴾**.[1]

وقد نظم المشرع الجزائري مسألة الزواج والطلاق وما يترتب عليهما من آثار في قانون الأسرة رقم 11/84المؤرخ في 1984/06/09 المعدل بالأمر02/05 المؤرخ في 2005/02/27.

إذ حدد سن الأهلية في المادة 40 من القانون المدني، وهو نفس سن أهلية الزواج الذي اعتمده قانون الأسرة في المادة 7 منه، غير أنه يمكن الترخيص بالزواج قبل ذلك وهذا الترخيص يكون من القاضي، كما أن العلاقة الزوجية قد تعتريها بعض المشاكل مما يؤدي بالزوجين إلى اللجوء إلى القضاء لطلب الطلاق، مما يدفع بالقاضي للتدخل في حل النزاع المعروض من خلال تطبيق النصوص الموجودة، على الوقائع المعروضة عليه وهذه الحالة لا تطرح أية مشكلة، غير أن المشكلة تثور عندما لا يوجد نص يحكم الواقعة المعروضة على القضاء، ففي هذه الحالة على القاضي عملا بقواعد العدالة والإنصاف أن يعمل نشاطه الذهني لإيجاد حل يحقق العدل لجميع الأطراف في إطار ما يعرف بالسلطة التقديرية.

ومن هنا كان لزاما علي التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية للقاضي، ويلاحظ أن هذه الكلمة مركبة من مصطلحين (السلطة والتقدير)، مما يدفعني إلى تحديد تعريف كل مصطلح على حده، قبل التطرق إلى مفهوم السلطة التقديرية.

تعرف السلطة في اللغة بأنها" سلط : السلاطة والقهر وقد سلطه الله، فتسلط عليهم والاسم سلطة بالضم، ورجل سليط أي فصيح حديد اللسان، والسلطان الحجة والبرهان والسلطان إنما سمي سلطانا لأنه حجة الله في أرضه، قال تعالى "فنفذوا لا تنفذون إلا بسلطان" والسلطان الحجة، ولذلك قيل للأمراء سلاطين لأنهم الذين تقام بهم الحجة والحقوق.[2]

---

[1] –الروم الآية 21.

[2] –ابن منظور، لسان العرب، دار صادر ، بيروت، ص320-321.

أما في الاصطلاح فهي"لا تخرج عن القوة والتمكن من تنفيذ أحكام الله على وجه الالزام"[1]، أما التقدير فيعرف في اللغة بأنه "القدر، محركه: القضاء والحكم، ومبلغ الشيء. والقدر الغنى واليسار والقوة، كالقدرة والمقدرة، وتدبير الأمر: قدره بقدره، وقياس الشيء بالشيء. والتقدير التروية والتفكير في تسوية أمر.[2]

أما إصطلاحا فهو" تبيين كمية الشيء، وهو من المعاني اللغوية، والتقدير تحديد كل مخلوق بحده الذي يوجد فيه".

والسلطة التقديرية: تدل على القوة والصلاحية التي تمنح لمعين للقيام بتقدير أمر ما، بالتفكير فيه بحسب نظر العقل ومقايسته على أمور اخرى."

والسلطة التقديرية للقاضي هي: "صلاحية يتمتع بها القاضي للقيام بعمله بالتفكير والتدبر بحسب النظر والمقايسة، لإقامة شرع الله في الأمور المعروضة أمامه في جميع مراحلها ابتداء من قبول سماعها، إلى تهيئتها لإثبات صحتها أو كذبها، إلى الحكم عليها واختيار الطريقة المناسبة لتنفيذ الحكم، مع مراعاة أحوال المتقاضين في جميع مراحل الدعوى لأهميته وأثره في الحكم القضائي.[3]

كما تعرف بأنها"الوسيلة التي منحها المشرع للقاضي لإعمال إدراكه ووجدانه وقناعته في البحث عن الحقيقة، وإحقاق الحق وتحقيق العدالة."[4]

وتجدر الإشارة أن منح القاضي سلطة تقديرية تنازعه اتجاهان: الأول ينكر كل سلطة تقديرية للقاضي، مؤسسين ذلك على أن إباحة النشاط التقديري للقاضي عند ممارستة لولاية القضاء، يؤدي إلى كثير من التضارب وعدم الاستقرار في العمل، فضلا عن إفساح المجال لتحكم القضاة مما يؤدي إلى ميل ميزان العدالة.

أما الثاني فهو اتجاه وسط يبيح السلطة التقديرية بقيود معللا ذلك بأن العمل القضائي وليد النظام القانوني، ولذلك يكون مقيدا بقواعد مما ينبغي استبعاد مسألة تمتيع القاضي بسلطة

---

1. محمود محمد ناصر بركات، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس للنشر، الأردن، 2007، ص77.

2. مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت، 2005، ص460.

3. محمود محمد ناصر بركات، مرجع سابق، ص80 . 81.

4. أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط1، دار القلم، الرباط، 2012، ص24.

تقديرية كاملة أو مطلقة، أي أن سلطة القاضي معلقة على شرط احترامه لقواعد الإثبات وطرق التحقق المبينة في القانون.[1]

وبالرجوع إلى قانون الأسرة الجزائري نجد أن المشرع منحه سلطة تقديرية في أغلب مواده، سواء بطريقة مباشرة أو غير مباشرة، فالمتمعن فيه يجد سلطة القاضي حاضرة في جميع المجالات سواء قي الزواج أو الطلاق أو النيابة الشرعية.

ففي الزواج منحه سلطة تزويج القاصر، كما منحه سلطة في الطلاق والآثار المترتبة عنه.

وتجدر الإشارة إلى أنني لم أتطرق لمسألة النيابة الشرعية ودور القاضي فيها، إذ أن له السلطة في منح الولاية على نفس القاصر وأمواله، كما له سلطة في الحجر والتقديم.

أهمية الموضوع:

يكتسي موضوع السلطة التقديرية للقاضي أهمية بالغة من حيث أنه يساعد في سد الكثير من الثغرات الموجودة في القانون، سواء في حالة عدم وجود النص القانوني أو في حالة عدم قطعيته، وذلك من خلال سلطة القاضي في إيجاد الحلول المناسبة، عندما تعرض عليه قضية تكون القاعدة القانونية غامضة وغير واضحة.

أسباب اختيار الموضوع:

لقد اخترت هذا الموضوع عن اقتناع ورغبة في معرفة المقصود من السلطة التقديرية، إضافة إلى الرغبة في الإحاطة بمجالات تدخل القاضي في قانون الأسرة، وكذا معرفة حدود وضوابط سلطة القاضي في مختلف مجالات الزواج والطلاق وآثاره.

أهداف البحث:

تتمثل أهداف هذه الدراسة في:

. إعطاء القارئ ولو لمحة بسيطة عن السلطات المخولة للقاضي من خلال قانون الأسرة.

. محاولة الإحاطة بموضوع السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأسرة من جميع جوانبه أو على الأقل تسليط الضوء على الجزء الأكبر من هذه السلطات.

الدراسات السابقة:

بالنسبة للرسائل التي لها علاقة مباشرة بموضوع البحث فقد وجدت:

---

[1]. أحمد الأمراني، المرجع نفسه، ص27.

- رسالة دكتوراه للباحث أحمد شامي بعنوان(السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة . دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية)، جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان لسنة 2013-2014، تعرض فيها لسلطة القاضي في انعقاد الرابطة الزوجية وانحلالها والآثار المترتبة عنها، وتختلف دراستي عن دراسته إذ تناول نقاط لم أتناولها منها: سلطة القاضي في التعويض عن ضرر العدول عن الخطبة، إضافة إلى أني تطرقت إلى سلطة القاضي في تقدير حالات النشوز وهو لم يتناولها.
- رسالة ماجستير للطالب عثمان كرجاني بعنوان(السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلاله)، جامعة أمحمد بوقرة بومرداس، سنة 2011- 2012، إذ قسم دراسته إلى فصلين تناول في الفصل الأول سلطة القاضي في إثبات عقد الزواج، وفي الفصل الثاني تطرق لسلطة القاضي في انحلال الرابطة الزوجية، وتختلف دراسته من حيث أنه تطرق إلى سلطة القاضي في إثبات الزواج في حين لم أتناولها.

إشكالية البحث:

يطرح هذا البحث إشكالية مفادها:ما مجالات السلطة التقديرية للقاضي في قانون الأسرة وهل سلطته مطلقة أم مقيدة أم أنها بين الإطلاق والتقييد؟

ويتفرع عن هذه الإشكالية مجموعة أسئلة فرعية منها:

ما هي المسائل التي تكون فيها سلطة القاضي مطلقة، وما هي المسائل التي تكون فيها مقيدة؟

على ما يعتمد القاضي أثناء إعمال سلطته التقديرية؟

المنهج المتبع:

للاجابة على الإشكالية السابقة اتبعت المنهج التحليلي وذلك من خلال تحليل المواد القانونية ومحاولة الوقوف على سلطة القاضي في كل موضوع، كما اعتمدت على المنهج المقارن من خلال مقارنة بعض الأحكام الواردة في قانون الأسرة بالشريعة الإسلامية.

خطة البحث:

تم تقسيم البحث إلى فصلين خصصت الفصل الأول لدراسة سلطة القاضي المتعلقة بالرابطة الزوجية، وهذا الفصل قسمته إلى مبحثين تناولت في المبحث الأول سلطة القاضي في

إنشاء الرابطة الزوجية، وفي المبحث الثاني تناولت سلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزوجية، وكل مبحث مقسم إلى مطلبين.

أما الفصل الثاني فقد تم تخصيصه لدراسة سلطة القاضي في الآثار المترتبة عن الرابطة الزوجية، وهو الآخر قسمته إلى مبحثين، تطرقت في المبحث الأول إلى سلطة القاضي في الآثار المالية، أما المبحث الثاني فقد خصصته لدراسة سلطة القاضي في الآثار غير المالية.

الفـــــــصل الأول

سلطة القاضي المتعلقة بالرابطة الزوجية

تمهيد:

منح المشرع الجزائري للقاضي سلطات واسعة في إنشاء الرابطة الزوجية في جميع مجالاتها، ففي الزواج منحه سلطة تزويج الصغير الذي لم يبلغ السن القانوني في حالة المصلحة والضرورة، من خلال نص المادة السابعة من قانون الأسرة، كما منحه سلطة تزويج المجنون من خلال الرجوع إلى أحكام الشريعة الإسلامية، طبقا لسلطته التقديرية.

كما منحه سلطة الترخيص بتعدد الزوجات، عند توفر الشروط المنصوص عليها في المادة الثامنة، وتجدر الإشارة إلى أنني ركزت على سلطة القاضي في الزواج دون مقدماته.

أما في مجال الطلاق فنجد سلطات القاضي حاضرة بكثرة، إذ منحه المشرع سلطة تقدير حالات التطليق الواردة في المادة53 من قانون الأسرة، وكذا سلطة تقدير مدى تعسف الزوج في الطلاق من عدمه، وهذا ما سأحاول توضيحه في هذا الفصل.

المبحث الأول

سلطة القاضي في إنشاء الرابطة الزوجية

سنتطرق في هذا المبحث إلى سلطة القاضي في الترخيص بالزواج، وكذا سلطته في منح الترخيص بالتعدد وفق التالي:

المطلب الأول

تحديد سن الزواج وسلطة القاضي في الإعفاء منه

إن عقد الزواج كسائر العقود يتطلب أركانا وشروطا، كشرط الأهلية الذي يجب توفره في طرفي العقد، وتعرف في اللغة بأنها "الصلاحية للأمر "وهي قسمان: أهلية أداء وأهلية وجوب[1] ونظرا لأهمية هذا العقد فرضت الدول سنا لا يسوغ الإقدام على الزواج دونه، غير أن هذا السن يمكن للقاضي أن ينزل دونه إذا رأى في ذلك مصلحة.

الفرع الأول

تحديد سن الزواج

أولا: موقف الفقه من تحديد سن الزواج

لم يحدد الفقهاء بصفة قاطعة سن البلوغ الذي يتم به أهلية الفتى والفتاة، حيث اختلفوا في السن الذي إذا بلغه الصغير يحكم ببلوغه على أقوال:

الأول: أنه خمسة عشرة سنة وهو قول أحمد والأوزاعي والشافعي وأبو يوسف.

الثاني: أنه لا حد للبلوغ من السن وهو قول مالك وداود الظاهري.

الثالث: أنه سبعة عشرة أو ثماني عشرة وقاله أصحاب الإمام مالك.

وروي عن أبي حنيفة روايتين أحدهما ثماني عشرة، والثانية سبعة عشرة سنة.

1- عبد الكريم، زيدان، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د.ت.ن)، ص92.

أما أقل ما قيل في السن الذي يبلغ فيها الفتى أنه تسع سنين، وهذا مذهب الشافعية والمالكية وعند الحنابلة عشر سنوات، وعند الحنفية اثنتا عشر سنة، وأما الفتاة فعند الحنفية تسع سنين وهذا الأظهر عند الشافعية و الحنابلة[1].

كما اختلفوا في مسألة تزويج الصغار فذهب عثمان البتي وابن شبرمة وأبي بكر الأصم إلى منع زواج الصغار قائلين أن الصغر يتنافى مع مقتضيات الزواج.

في حين ذهب الجمهور إلى جواز زواجهم واستدلوا بقوله تعالى: ﴿وَاللَّائِي لَمْ يَحِضْنَ﴾ فبين عدة الصغيرة التي لا تحيض، وهذا دليل على صحة الزواج، إذ لا عدة إلا من فرقة في زواج صحيح.[2]

أما فيما يتعلق بالعقل فذهب الجمهور إلى عدم اشتراطه، فيجوز للولي أن يزوج المجنون والمجنونة وكذا المعتوه والمعتوهة، ولا فرق بين الجنون أن يكون أصليا أو طارئا.

ثانيا: تحديد سن الزواج في التشريع الجزائري

مر. ق.أ.ج بعدة مراحل في تحديد سن الزواج وذلك وفق التالي:

- قانون رقم 59-274 بتاريخ 1959/2/4 والذي نص على تحديد سن الزواج في مادته الخامسة حيث نصت " لا يجوز للرجل قبل بلوغ ثماني عشرة سنة كاملة، ولا المرأة قبل بلوغها خمسة عشرة سنة كاملة أن يتزوجا، ومع ذلك يجوز للمحكمة الكلية بناءا على دوافع قوية الإعفاء من شرط السن".
- قانون رقم63-224 بتاريخ 1963/06/29المتضمن تحديد سن الزواج والذي نص في مادته الأولى: " ليس للرجل قبل بلوغ ثماني عشرة سنة كاملة ولا المرأة قبل بلوغها ستة عشرة سنة كاملة أن يعقدا زواجهما، ومع ذلك فلرئيس المحكمة الكلية أن يمنح بناء على دوافع قوية بعد أخذ رأي مفوض الدولة إذن بالإعفاء من شروط السن."[3]

1- عمر سليمان الأشقر، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، ط1، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997، ص113،114.
2- محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957، ص106، 109 .
3- عيسى حداد، عقد الزواج -دراسة مقارنة- منشورات جامعة باجي مختار، عنابة ،2006، ص88-91.

أما في قانون 11/84 فقد رفع أهلية الزواج إلى 21 سنة بالنسبة للذكر و18 سنة بالنسبة للأنثى.

أما قانون الأسرة الحالي فنص في المادة07 منه على أنه "تكتمل أهلية الرجل والمرأة في الزواج بتمام 19 سنة، وللقاضي أن يرخص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، متى تأكد قدرة الطرفين على الزواج..." و مبرر المشرع من توحيد سن أهلية الزواج هو توحيد سن الرشد القانوني مع باقي القوانين،[1] إضافة إلى إعطاء عقد الزواج أهمية كبرى بغض النظر عن البلوغ الجنسي الذي أصبح غير كاف لإبرام عقد الزواج. [2]

الفرع الثاني

السلطة التقديرية للقاضي في الإذن بتزويج القاصر

اعتبر المشرع الزواج عقدا رضائيا ينبني على إرادة حرة بين طرفيه، نابعة عن عقل يميز ما ينفعه وما يضره وهو ما أكدته المادة 04 "الزواج هو عقد رضائي بين رجل وامرأة على الوجه الشرعي"وجعل من شروط صحته توفر شرط الأهلية طبقا للمادة 09 مكرر منه ونصت المادة 07 منه على سن الأهلية والتي يتضح من خلالها أن المشرع حدد سن الزواج بـ19 سنة، غير أنه واستثناءا من هذه القاعدة أجاز للقاضي بما له من سلطة تقديرية الترخيص بالزواج قبل ذلك لمصلحة أو ضرورة، ومسألة الضرورة تحدد من لدن القاضي لاختلاف الناس في النظر إليها، وعلى هذا فللقاضي السلطة الكاملة في تقدير ذلك، ولعل من أمثلة الضرورة ما نصت عليه المادة326.ق.ع. فوفقا لها يجوز تزويج الفتاة المخطوفة إن لم تبلغ الثامنة عشرة من عمرها.[3]

1- سليمان ولد خسال، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة، الجزائر، 2012، ص56 .

2- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2013، ص283.

3- عيسى حداد، مرجع سابق، ص108.

أما المصلحة فالمشرع لم يبين حدودها ولا معيار تحديدها وترك ذلك للقاضي وفقا لسلطته التقديرية، وذلك بعد الاستماع لأبوي القاصر أو رأي الطبيب المختص أو إجراء بحث اجتماعي في الموضوع أو من لقاء قد يتم بين القاضي والقاصر الراغب في الزواج.

ولإثبات البلوغ وصلاحية القاصر يأمر القاضي بعرض المعني على طبيب مختص ليتأكد من بلوغه وضرره من تأخره في الزواج، فشهادة الطبيب أهم وسيلة يعتمد عليها القاضي لمنح الإذن بالزواج، وغالبية الملفات التي توقع من القاضي في هذا الصدد تحتوي على شهادة طبية، مما يجعلها تحظى بالقبول، ولصعوبة إثبات القاضي أن قاصرا قادر على ضبط نفسه وآخر غير قادر على ذلك، خصوصا حال رفض الولي لذلك، نجد القاضي يأخذ في منح الإذن بين الخبرة الطبية والبحث الاجتماعي أي أنه عليه ربط الإذن بوقائع قابلة للإثبات القضائي.[1]

ويتضح من خلال المادة2/11 أن المشرع اشترط لزواج القاصر موافقة الولي غير أنه إذا رفض الولي الزواج وأصر القاصر على موقفه، فإن الأمر يرجع إلى القاضي الذي يقرر إما إعطاء الترخيص بالزواج أو عدمه، وفي جميع الأحوال على القاضي أن يراعي قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج .

أما بالنسبة لتخلف شرط الأهلية وانعدام الترخيص فالمشرع لم ينص صراحة أو ضمنا عما يترتب من آثار على مخالفة سن الأهلية، وعقد أي زواج قبل بلوغ السن المحددة، وذلك على عكس القانون 63-224 الذي تناول هذه المسألة وحدد سن الزواج ب18 سنة للذكر والأنثى و رتب آثارا معينة في حالة مخالفة شرط الأهلية أو الترخيص. [2]

كما تجدر الملاحظة أن المشرع أهمل الإشارة إلى الحد الأدنى لإمكانية الإعفاء من سن الزواج، الذي يجب على القاضي أن يتقيد به ولا ينزل دونه[3]، بل ترك ذلك لسلطة القاضي

1- أحمد الإمراني، مرجع سابق، ص63-64.

2- محفوظ بن صغير ،مرجع سابق، ص29.

3- سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص58.

التقديرية. كما منح القاصر الحاصل على الترخيص أهلية التقاضي في كل ماله علاقة بالزواج وآثاره، طبقا للمادة3/7 من قانون الأسرة.

أما فيما يخص تزويج المجنون والمعتوه، فإن ق.أ لم يتطرق لهذه المسألة، وبالتالي يرجع فيها لأحكام الشريعة الإسلامية طبقا للمادة222 من ق.أ.ج، فالمجنون والمعتوه و السفيه جميع تصرفاتهم باطلة، طبقا للمادة42 من ق.م.ج والمواد 81 .85 ق.أ.ج.

وخلصت في الأخير إلى أن القانون منح القاضي سلطة مطلقة في مسألة الإذن بزواج القاصر من خلال منحه سلطة تقدير المصلحة والضرورة دونما ضابط أو معيار، كما منحه سلطة مطلقة من حيث السن الذي ينزل عنه عند الإعفاء، أضف إلى ذلك سلطته في التأكد من قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج من خلال اعتماده على الخبرة الطبية.

المطلب الثاني

سلطة القاضي في منح الترخيص بتعدد الزوجات

إن نظام تعدد الزوجات نظام قديم قدم البشرية ،حيث عرف في الشريعة الإسلامية التي أقرته بشروط وقيود وهو ما سار عليه أغلب القوانين الوضعية وعلى غرارها القانون الجزائري، وسنتناول في هذا المطلب حقيقة التعدد وسلطة القاضي في الإذن به وفق ما يلي:

الفرع الأول

حقيقة التعدد

أولا: تعريفه ومشروعيته

1-تعريفه:

لغة: العد إحصاء الشيء، عده يعده، عدا وتعدادا، وعدة وعدده. والعدد في قوله تعالى: **{وأحصى كل شيء عددا}**، والعديد: الكثرة، والعدد مقدار ما يعد ومبلغه، والجمع أعداد، والعدة: الجماعة قلت أو كثرت.[1]

[1]-ابن منظور، مرجع سابق، ص281-282.

والقرآن الكريم حدد مصطلح التعدد في الزوجات في الآية الثالثة من سورة النساء في قوله**﴿فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع﴾** بمعنى أنه يباح لكم أيها الأزواج أن تنكحوا اثنين، أو ثلاثا، أو أربعا، فالواو للتخيير.[1]

2- مشروعيته: استدل العلماء على إباحة التعدد من الكتاب والسنة :

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿**فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ ذَلِكَ أَدْنَى أَلاَّ تَعُولُواْ**﴾[2] وقوله أيضا: ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلاَ تَمِيلُواْ كُلَّ الْمَيْلِ فَتَذَرُوهَا كَالْمُعَلَّقَةِ وَإِن تُصْلِحُواْ وَتَتَّقُواْ فَإِنَّ اللّهَ كَانَ غَفُورًا رَّحِيمًا**﴾.[3]

فقد أباحت الآية الكريمة التعدد، فللرجل في الشريعة أن يتزوج واحدة أو اثنتين أو ثلاث أو أربعة، وأن يكون له في وقت واحد هذا العدد غير أن هذه الآية قصرت الإباحة على أربعة، وفي هذا قال الصابوني: وقوله" مثنى وثلاث ورباع" أي انكحوا ما شئتم من النساء سواهن إن شاء أحدكم اثنتين وإن شاء ثلاثا وإن شاء أربعا.[4]

أما من السنة: فقد أيدت ما دلت عليه الآية الكريمة من وجوب الاقتصار على أربعة، حيث روي عن الحارث بن قيس قوله: "أسلمت وعندي ثمان نسوة فجئت النبي فذكرت ذلك فقال اختر منهن أربعا". [5]

1- أحمد الأمراني، مرجع سابق، ص74-75.

2- النساء، الآية 3.

3- النساء الآية12.

4- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم،ج6، ط1، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1993، ص286.

5- ابن ماجة، سنن ابن ماجة، كتاب النكاح، باب الرجل يسلم وعنده أكثر من أربعة نسوة، حديث رقم1952، ج2، ط1، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 2006، ص338.

ثانيا: شروطه والحكمة منه:

1-شروط التعدد:

أ- عدم الزيادة على أربع: لقوله تعالى: ﴿**فَانكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاء مَثْنَى وَثُلاَثَ وَرُبَاعَ**﴾ وعدم جواز الجمع بين أكثر من أربع هو رأي الجمهور، ولم يخالفهم إلا من لا يعتد بخلافه عند جماعة المسلمين، إذ خرجوا بثلاثة أقوال فمنهم من ادعى أن الإسلام يبيح التعدد بغير عدد محدود، حيث فسروا الآية السابقة، بأنها لا تفيد التقيد بعدد محدود بل تفيد الإباحة المطلقة في العدد.

وذهب الشيعة إلى أن الحل محدود بتسع، إذ قالوا بأن الواو في الآية تفيد الجمع ومجموع هذه الأعداد تسع، وزكوا ذلك الفهم بأن الرسول ﷺجمع بين تسع، والقول الثالث كان لأصحاب الظاهر فقالوا أن العدد الذي يباح هو ثماني عشرة، فمعنى مثنى وثلاث ورباع، اثنان واثنان وثلاث و ثلاث، وأربع وأربع، وزعموا أن الواو للجمع فيكون المجموع ثماني عشرة.

أما حجة الجمهور في أن الآية تفيد التقيد بأربع: أن مثنى وثلاث و رباع معدولة عن اثنين وثلاث وأربع، وهذا اللفظ يكون للتكرار، وأن العطف على نية تكرار العامل ،فمعنى الآية انكحوا اثنين واثنين وانكحوا ثلاثا ثلاثا، وانكحوا أربعا أربعا، فالمراد بالعطف جمع الفعل لا جمع العدد .[1]

ب- العدل بين الزوجات: قال تعالى: ﴿**فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ تَعْدِلُواْ فَوَاحِدَةً**﴾ أفادت هذه الآية أن العدل شرط لإباحة التعدد، فإذا خاف الرجل من عدم العدل بين الزوجات إذا تزوج أكثر من واحدة كان محظورا عليه الزواج بأكثر من واحدة[2]، ولا يشترط اليقين من عدم العدل لحرمة الزواج بثانية، بل يكفي غلبة الظن، فإن كان غالب على ظنه أنه إذا تزوج أخرى مع زوجته، لم يستطع العدل بينهما، حرم عليه هذا الزواج، والعدل المطلوب هو العدل الظاهر من القسم بين الزوجات والمساواة بينهن في المعاملة والإنفاق،لا المحبة التي محلها القلب لأن ذلك لا

1- محمد أبو زهرة ، محاضرات في عقد الزواج وآثاره ، (د.ط)، دار الفكر العربي،(د.ت.ن) ، ص 132 -133.

2- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق، ص287-288.

يستطيعه أحد[1]، فهذا النوع من العدل غير مكلف به وهو المنفي في قوله تعالى: ﴿**وَلَن تَسْتَطِيعُواْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ النِّسَاء وَلَوْ حَرَصْتُمْ**﴾[2]، والعدل المنفي هو العدل الكامل الذي يشمل أعمال القلوب الذي يحرص عليه أهل الدين والورع لأنه غير مستطاع، والميل المنهي عنه هو الميل التام الذي يتعدى إلى الأمور الظاهرة ويترتب عليه إهمال إحدى الزوجتين إهمالا تاما.

وهذا الميل هو الذي حذر منه رسول الله ﷺ وبين عاقبته في الآخرة[3]، فعن أبي هريرة ﷺأن رسول الله ﷺ قال: "من كانت له امرأتان فلم يعدل بينهما جاء يوم القيامة وشقه ساقط"[4] وعليه يكون العدل المطلوب في الآية الأولى غير المطلوب في الآية الثانية التي أكدت نفيه،فلو حمل العدل في الآيتين على معنى واحد لكان الجمع بينهما يدل على التحريم لأن الآية الأولى اشترطت العدل والثانية أخبرت بأنه لا يستطاع[5].

ج- **القدرة على الإنفاق على الزوجات وعلى من تجب له النفقة:** تعتبر النفقة من أهم الشروط التي يجب أن تتوفر القدرة عليها قبل الإقبال على التعدد، وتشمل الطعام والشراب والكسوة والمسكن والأثاث اللازم له، ويجب أن يكون للرجل الذي يقدم على الزواج القدرة المالية على الإنفاق على المرأة التي يتزوجها .[6]

والواقع أن شرط الإنفاق على الزوجة شرط لزواج الرجل، سواء كان هذا الزواج بالزوجة الأولى أو الثانية، ويبقى هذا الالتزام ثابتا في ذمة الرجل نحو زوجته، فإذا كان عاجزا عن

1- محمود علي السرطاوي، شرح قانون الأحوال الشخصية، ط 4، دار الفكر، عمان، الأردن، 2010، ص81.

2- النساء، الآية 129.

3- عبد القادر بن حرز الله، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص185-186.

4- الترمذي، سنن الترمذي، كتاب النكاح، باب ما جاء في التسوية بين الضرائر، حديث رقم 1141، ج1، ط1، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 2006، ص381.

5- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص316.

6- المرجع نفسه، ص 317.

الإنفاق على زوجته الثانية مع الأولى حرم عليه الزواج بثانية[1]، وقد دل على هذا الشرط قوله تعالى: ﴿**وَلْيَسْتَعْفِفِ الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ نِكَاحًا حَتَّى يُغْنِيَهُمُ اللَّهُ مِن فَضْلِهِ**﴾[2].

كما يستدل عليه بالحديث الصحيح عن النبيﷺ" **يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج**" [3]، فإذا لم يستطع مؤنة الزواج لم يجز له الزواج، وإن كان هو زواجه الأول فمن باب أولى أن لا يباح له الزواج بثانية. [4]

وبناء على ما تقدم يعتبر من الظلم المحظور أن يقدم الرجل على الزواج بأخرى، مع وجود زوجة عنده ومع علمه بعجزه عن الإنفاق على زوجته القديمة والجديدة.[5]

ثانيا: الحكمة من تعدد الزوجات

لكل تشريع غاية أو حكمة مما يشرعه، والإسلام الذي هو تشريع الحياة المتجددة الدائمة إلى يوم القيامة، له حكم ربانية سامية في كل ما فرض من تعاليم وتشريعات[6]، وإن كان نظام وحدة الزوجة هو الأفضل والغالب والأصل، أما التعدد فهو أمر نادر استثنائي وخلاف الأصل، لا يلجأ إليه إلا عند الحاجة الملحة، ولم توجبه الشريعة على أحد، بل ولم ترغب فيه، وإنما أباحته[7]، وتعدد الزوجات من التشريعات التي تنطوي على كثير من الحكم منها ما يرتبط بالمصلحة العامة التي تقضي مواجهة المشكلات الاجتماعية التي قد تحل بالمجتمع المسلم، ومنها ما يرتبط بالمصلحة الخاصة للزوجين ومن هذه الحكم:

1) أن تكون زوجته عقيما: وهو يحب الذرية، ولا حرج عليه في ذلك، فحب الأولاد غريزة في النفس الإنسانية، ومثل هذا ليس أمامه إلا أحد أمرين، إما أن يطلق زوجته العقيم أو

1- عبد الكريم زيدان، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق ، ص288.

2- النور، الآية 33.

3 - النسائي، سنن النسائي، كتاب النكاح، باب الحث على النكاح، حديث رقم3212، ط1، المطبعة العصرية، صيدا، بيروت، 2006، ص508.

4- عبد الكريم زيدان ، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم، مرجع سابق ،ص289.

5-محمد الشماع،المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، ط1 ، الدار الشامية، بيروت، 1995، ص289.

6- أحمد الأمراني، مرجع سابق ، ص85.

7- وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، ج9 (الأحوال الشخصية)، دار الفكر،(د.ت.ن)، ص6672 .

أن يتزوج عليها[1]، فمن الإكرام للمرأة العقيم أن يتزوج زوجها بأخرى وتبقى هي في عصمته من أن يطلقها[2]، والحكمة العقلية والرحمة القلبية التي ربى الرسول ﷺ المسلمين تقتضي حماية المرأة من كل ضرر يلحقها، وضرر الطلاق هنا واضح لأن المطلقات بسبب العقم يصعب عليهن الزواج[3]، كما قد تصاب الزوجة بمرض مزمن أو منفر، يقعدها عن القيام بالواجبات الزوجية، وفي هذه الحالة ليس للرجل إلا خيارات ثلاثة: أولها تطليق هذه الزوجة، وثانيها التعدد، وثالثها الحياة في المشقة والحرج، فالسماح بتعدد الزوجات في هذه المشكلة البيتية حل مقبول أسلم وأكرم من نبذ المريضة، ومن إكراه الرجل على العقم والمشقة[4].

2) أن الغرض الأول من الزواج هو التوالد، والتناسل يكون أكثر تحققا بتعدد الزوجات.[5]

3) اشتداد كراهية الرجل للمرأة في بعض الأوقات، وكذا ازدياد القدرة الجنسية لبعض الرجال.[6]

4) إن فكرة التعدد يمكنها أن تحق التوازن المطلوب، في المجتمعات البشرية بين عدد الزوجات والرجال، لأن الكثرة في كل إحصاء عام كانت في جانب النساء عقب الحروب التي يقل بعدها عدد الرجال، فلو منع التعدد لبقيت الكثيرات منهن بغير أزواج، فيمكن أن نقول بأن التعدد شرع لاحتواء الحالات الاجتماعية التي يمكن أن لا يستوعبها الزواج المنفرد. [7]

1- مصطفى السباعي، المرأة بين الفقه والقانون، ط7، دار الوراق للنشر، بيروت، 1999، ص69.

2- السرطاوي،مرجع سابق، ص82.

3- أحمد الأمراني، مرجع سابق ، ص88.

4- المرجع نفسه، ص89- 90.

5- عبد الوهاب خلاف أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990 ص54.

6- وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ص 6673.

7- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص190، 192.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير شروط التعدد ومنح الإذن به

لقد سار المشرع الجزائري على غرار الشريعة في إباحة التعدد وأضاف إلى الشروط التي يستلزمها التعدد بعض الأحكام[1]، غير تلك القيود التي حددتها الشريعة من خلال المادة 8، وفيما يلي شروط تعدد الزوجات، وسلطة القاضي في تقديرها:

1- وجود المبرر الشرعي وتقدير القاضي له: اشترط المشرع على الشخص الذي يريد الزواج بأكثر من واحدة أن يتوفر لديه المبرر الشرعي الذي دفعه لذلك، إلا أن ما يعاب عليه أنه لم يحدد ماهية المبرر الشرعي، ولم يضرب ولو مثالا لذلك[2]، وهو ما نصت عليه المادة 1/8 إذ يلاحظ أن المشرع لم يضع أي معيار للتفريق بين المبرر الشرعي وغير الشرعي وترك للقضاة كل الحرية ليمارسوا سلطتهم التقديرية المطلقة لتقييم المبرر الذي يقدمه الزوج للزواج بثانية[3] والمبرر الشرعي حسب مناقشات المجلس الوطني الشعبي، وحسب مناشير وزارة العدل، يتمثل في مرض الزوجة وعقمها .[4]

غير أن من المبررات ما لا يستطيع القاضي الوصول إلى معرفته، ذلك أنه قد يستند إلى عوامل شخصية، وقد يكون من الأسرار الزوجية التي لا يطلع عليها غير الزوجين.[5]

وعليه فالزوج هو المكلف بإثبات المبرر الشرعي والقاضي هو الذي يكيفه. [6]

2- توفر شروط ونية العدل وتقدير القاضي له: من خلال قراءة العبارة الأخيرة من المادة 1/8 نجدها تشترط للزواج بثانية توفر شروط نية العدل، أي أن المشرع اشترط لمن يريد التعدد توفر

1- محمد الشافعي، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، سلسلة البحوث القانونية،ط1، مراكش، 2009، ص88.

2- عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007 ، ص86.

3- المرجع نفسه ، ص86.

4- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج ، ط3، دار هومه، الجزائر، 1996، ص150.

5- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص321.

6-عبد العزيز سعد، ق.أ في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص87.

نية العدل، دون تحديد المقصود به[1]، غير أن العدل ليس قيدا على التعدد أو حرمانا منه، ذلك أن الذي يستطيع القيام بهذا الواجب له أن يتزوج بأكثر من واحدة.[2]

ونية العدل أمر داخلي في نفس الإنسان ليس بإمكان القاضي الإطلاع والتأكد منه، ثم إن العدل بين الزوجات تصرف مادي يتعلق بالمسكن والنفقة والمبيت، ويظهر بعد قيام الحياة الزوجية وليس قبلها، ولا قبل إبرام عقد الزواج مما يؤدي إلى القول بأن شرط توفر نية العدل كشرط مسبق لإبرام عقد الزواج شرط في غير محله، ولم يسلم به كقيد على الزواج الثاني، لأن ما يشك في إثباته وتحققه، لا يمكن جعله شرطا أو قيدا لما هو جائز شرعا، وواقع فعلا[3].

ولهذا أصبح القاضي مطالبا بالتأكد من خلال تحريه عن مريد التعدد، بوجوب العدل غير أن الخوف من عدم العدل أمر لا يستطيع القاضي تقديره أو التوصل إلى معرفته، إذ يصعب ذلك لأن مريد التعدد، قد يخفي نيته في الجور ويظهر عزمه على العدل، وعلى أي حال لقد ترك القانون تقدير المصلحة للقاضي، ولا ريب أن القاضي العادل النزيه قد يلاقي صعوبة في أول الأمر في التعرف إلى المصلحة المشروعة، إلا أن المشرع إذا كان قد منح القاضي هذه الصلاحية الواسعة، فانه يجب عليه حتما أن يستغل هذا النص لصالح المجتمع والأفراد، فعلى القاضي أن يحاول ما أمكنه التعرف إلى عقلية طالب التعدد، وهل له عقل راجح يستطيع معه إدارة زوجتين فإذا توصل إلى معرفة ذلك سمح له بالتعدد وإلا رفض طلبه. [4]

3- تقدير القاضي لقدرة الزوج على توفير الشروط الضرورية للحياة الزوجية: نص المشرع على هذا الشرط في المادة8 في قوله"...**وتوفير الشروط الضرورية للحياة**" إلا أنه لم يبين المعيار المستعمل لتقييم هذا الشرط كما لم يوضح المقصود به وهذا ما يستقى من أحكام الفقه،

1- محفوظ بن صغير مرجع، سابق، ص321.

2- فضيل سعد، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق ،ج1،ا لمؤسسة الوطنية للكتاب ، الجزائر،1986 ، ص31 .

3- محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 321.

4- عبد الكريم شهبون،الشافي في شرح مدونة الأسرة،ج1، ط1،(د.م.ن)،2006 ، ص128.

إذ المقصود به حسب جمهور الفقهاء القدرة على الإنفاق بأن يكون الزوج قادرا على مؤنة الزواج وتكاليفه.[1]

وعلى هذا فيجب على مريد التعدد أن يثبت بحجة تقنع القاضي بأن له القدرة المالية الكافية لإعالة أسرين والظاهر أن إثبات القدرة لا يطرح إشكالا، لأنه يعتمد على الوضعية الاقتصادية للزوج، ويتم هذا الإثبات بشهادة تثبت دخل الزوج أو رقم أعماله التجارية،أو حجم الممتلكات العقارية، أو رصيده في البنك، وأمر تقدير القدرة الكافية لإعالة أسرتين متروك لتقدير القاضي[2]، والذي يمكن له أن يرفض منح الإذن إذا رأى أن هذا الزوج غير قادر ماديا على إعالة أسرتين، أو أن من شأن هذا الزواج أن يزيد في إعسار الزوج وشقاء العائلة.[3]

4- شرط إخبار الزوجة السابقة واللاحقة في الرغبة بالزواج: نصت على هذا الشرط المادة 2/8 أي أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج على زوجته، ولو توفر المبرر الشرعي ونية العدل إلا بعد أن يكون قد أخبرها مسبقا بأنه عازم على الزواج بامرأة أخرى، وبعد أن يكون قد أعلم الزوجة الجديدة بأنه متزوج[4]، غير أن ما يعاب على ق.أ. أنه لم يحدد أي كيفية لإخبار الزوجتين تكون مقبولة لدى ضابط الحالة المدنية أو الموثق الذي يتولى تحرير الزواج أو القاضي عندما يتصدى للفصل في مدى صحة أو عدم صحة الإخبار.[5]

يقول الأستاذ علاوة بوتغرار"...وعلى ذلك فتدخل القاضي لتقدير الأسباب والملابسات ومنح الترخيص في إطار سلطته التقديرية الواسعة هو أمر نستحسنه، لكن أن نربط ذلك بموافقة الزوجة الأولى فذلك غير مقبول ولا يمكن أن يحدث بل أن هذا الشرط ضرره أكثر من نفعه".[6]

1- محفوظ بن صغير، مرجع سابق ، ص322 .

2- أحمد شامي، السلطة التقديرية لقاضي شؤون الأسرة دراسة مقارنة بين الشريعة و القوانين الوضعية. ،رسالة دكتوراه في القانون،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،كلية الحقوق والعلوم السياسية،2013-2014، ص81.

3- لوعيل محمد لمين،الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والاجتهاد القضائي، ط2، دار هومة، الجزائر، 2012، ص43.

4- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق في ق.أ.ج، مرجع سابق، ص150.

5- عبد العزيز سعد، ق.أ. في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص88.

6-علاوة بوتغرار،"ملاحظات حول قانون الأسرة"، مجلة الموثق، العدد12، 2015، ص18.

وقد رتب المشرع على عدم الإخبار حق الزوجة في طلب التطليق طبقا لنص المادة 8 مكرر، غير أنه وفي ذات الوقت منح القاضي السلطة التقديرية في رفض طلب التطليق، وعليه إذ تبين للقاضي من ظروف الدعوى أن الرجل يملك ما يعدل به بين نسائه وانعدم تهديد الزوجة السابقة بالزواج اللاحق عليها، حكم برفض دعواها. [1]

5- طلب الترخيص القضائي: ورد في المادة8 أنه على الزوج أن يقدم طلب الترخيص بالزواج إلى رئيس المحكمة لمكان مسكن الزوجية، الذي يمكن له أن يمنح الترخيص إذا كان الزوج قدم له ما يثبت قدرته على توفير الشروط السابقة، وبعد هذا يقدر القاضي المبررات التي قدمها الزوج، حيث إذا اقتنع بما أبداه الزوج من أسباب أذن له بالتعدد، وإذا لم يقتنع رفض منح الإذن، فمطلق السلطة التقديرية للقاضي مشوبة بعدم التيقن من حقائق الأمور الخاصة بالظروف النفسية والاجتماعية والاقتصادية للزوج[2] .

ويترتب على عدم الحصول على الترخيص المسبق الفسخ قبل الدخول طبقا للمادة8 مكرر1 والتي نصت "يفسخ الزواج الجديد قبل الدخول، إذا لم يستصدر الزوج ترخيصا من القاضي وفقا للشروط المنصوص عليها في المادة 8 أعلاه".

6- إخضاع هذه القيود لتقدير القضاء: إن تقييد التعدد برقابة القاضي على توفر الشروط المطلوبة طبقا للمادة 8 ليس له فائدة من الوجهة النظرية، ذلك أن مريد التعدد يكون مستعدا من الناحية المالية بما يتلاءم ووضعه الاجتماعي، وأن الإشراف الوحيد للمحكمة في موضوع تعدد الزوجات هو إشرافها ورقابتها على قيام الزوج بواجباته الشرعية تجاه نسائه، وهذه الرقابة القضائية لا تختص بحالة التعدد بل تشمل حالة الزوجة الواحدة[3].

وما خلصت إليه في هذا المطلب أن المشرع على غرار أغلب التشريعات العربية، أبقى على نظام التعدد الذي أباحته الشريعة الإسلامية، غير أنه قيده بشروط جديدة لم تكن موجودة في الشريعة، مثل طلب موافقة الزوجة الأولى والحصول على الترخيص من القضاء، كما منح

1- فضيل سعد، مرجع سابق،ص 36-37.

2- بن صغير، مرجع سابق، ص323.

3- محفوظ بن صغير، المرجع نفسه، ص324.

القاضي سلطة تقديرية واسعة في تقييم المبررات التي يقدمها الزوج والتحقق من وجود نية العدل واتخاذ ما يراه مناسبا وفقا لتقديره ونظره، قبل منح الترخيص بتعدد الزوجات، كما منح القاضي سلطة يستطع بموجبها منع تسجيل الزواج الثاني.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزوجية

الأصل في الزواج التأبيد والاستمرار، إذ أن العلاقة الزوجية تستمر بين الزوجين إلى وفاة أحدهما أ كليهما، غير أنه يمكن أن تنتهي إذا ما ثبت استحالة العشرة بينهما، وإنهائها قد يكون بناء على الإرادة المنفردة للزوج عن طريق الطلاق أو بإرادة الزوجة المنفردة بطريق الخلع، أو بحكم القاضي عن طريق التطليق لسبب من الأسباب الواردة في المادة53 ق.أ.ج ولأجل ألا يتعسف صاحب الحق في استعمال حقه سواء كان زوجا أو زوجة جعل المشرع القاضي رقيبا على انحلال الرابطة الزوجية ومنحه سلطة تقديرية في الإصلاح بين الزوجين قبل الحكم بالطلاق طبقا للمادة 49 ق.أ، وسأحاول في هذا المبحث تسليط الضوء على سلطة القاضي في إنهاء الرابطة الزوجية، من خلال بيان سلطة القاضي في تقدير حالات التطليق وكذا سلطته في تقدير الطلاق التعسفي و النشوز وفق التالي:

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقدير أسباب التطليق

لقد أعطى القانون والشرع للرجل حق إنهاء العلاقة الزوجية بإرادته المنفردة دون أن يكون مجبرا على تبين أسباب إقدامه على ذلك، كما وقد منحا للمرأة الحق في إنهاء هذه العلاقة لرفع الضرر عنها من خلال إعطائها الحق في طلب التطليق متى توافرت الأسباب المنصوص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري ويعرف التطليق بأنه "طلاق بناء على الإرادة المنفرة للزوجة ويتم بحكم قضائي رغم معارضة الزوج له طالما أنها متضررة ويفرق القاضي بينهما عملا بقواعد العدالة والإنصاف".[1]

وقد منح القانون للقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الأسباب قبل الحكم بالتطليق للمرأة وهذا ما سأحاول توضيحه في هذا المطلب وفق التالي:

1- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج المعدل، دار الوعي، الجزائر، 2012، ص232.

الفرع الأول

التطليق للتخلي عن الالتزامات العائلية والزوجية

أولا: التطليق لعدم الإنفاق

1- في الفقه الإسلامي: اختلف الفقهاء في ثبوت حق الزوجة في طلب التطليق لعدم الإنفاق بحيث ذهب الحنفية إلى عدم ثبوته بل لها أن تطلب من القاضي الإذن لها بالاستدانة عليه إن كان معسرا أو غائبا، وجبره على الإنفاق إن كان ممتنعا عن الإنفاق وتهديده بالتعزير إن لم يفعل[1]. قال السرخسي: كل امرأة قضي لها بالنفقة على زوجها وهو صغير أو كبير أو معسر لا يقدر على شيء، فإنها تؤمر أن تستدين، ثم ترجع عليه، ولا يحبسه القاضي إذا علم عجزه وعسرته[2]، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**وَإِن كَانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلَى مَيْسَرَةٍ**﴾ وقوله أيضا: ﴿**لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ**﴾.

في حين ذهب الأئمة الثلاثة(مالك، الشافعي، وأحمد) إلى جواز التفريق لعدم الإنفاق وعلى القاضي إجابة الزوجة لطلبها متى ثبتت صحة دعواها، حيث ذهبوا إلى أن إمساك الزوجة مع عدم الإنفاق عليها فيه ضرر يتنافى مع أمر الله الإمساك بمعروف، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾[3] فإمساك الزوج لزوجته وعدم الإنفاق عليها فيه ضرر لها، فيجب عليه التسريح بإحسان بأن يطلقها فإذا لم يفعل ناب عنه القاضي فيه رفعا لظلمه ودفعا للضرر عن المرأة[4]، وذهب ابن القيم الجوزية أنه إذا كانت قد تزوجته وهي عالمة بإعساره أو كان موسرا ثم أعسر لا تملك طلب الفرقة في الحالتين إلا إذا غرها بأنه موسر.

1- محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام- دراسة مقارنة بين فقه المذاهب السنية والمذهب الجعفري والقانون-، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1983، ص579.

2- عمر سليمان الأشقر، مرجع سابق، ص287.

3- سورة البقرة، الآية225.

4- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص580.

والذي يترجح وهو أعدل المذاهب وأقربها إلى روح التشريع هو ما ذهب إليه ابن القيم لأن الواجب هو تنبيه الزوجات إلى خلق الوفاء، والمعاونة في الضراء.[1]

2 – سلطة القاضي في التفريق بين الزوجين لعدم الإنفاق:

إن نفقة الزوجة واجبة على زوجها بمجرد الدخول بها حسب وسعه وقدرته طبقا لنص المادة 74 ق.أ" تجب نفقة الزوجة على زوجها بمجرد الدخول بها أو دعوتها إليه ببينة مع مراعاة أحكام المواد 78، 79، 80. من هذا القانون" فإذا امتنع هذا الأخير على النفقة عليها كان من حقها المطالبة بالتطليق لعدم الإنفاق حسب الفقرة الأولى من المادة 53 من ق.أ التي تنص "يجوز للزوجة طلب التطليق للأسباب الآتية: عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره" والمشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية للتفريق بين الزوجين بسبب عجز الزوج عن النفقة أو امتناعه عن ذلك ويشترط في التطليق لعدم الإنفاق ما يلي:

أ) امتناع الزوج عن النفقة عمدا[2]: فالزوجة لا يجوز لها التقدم أمام المحكمة لطلب التطليق لعدم الإنفاق إلا بعد استصدارها حكم قضائي بوجوب النفقة بكل مشتملاتها المذكورة في المادة 87 من ق.أ[3]. وامتناع هذا الأخير عن تنفيذ الحكم وأصر على عدم الإنفاق وهو ما أكده القرار الصادر بتاريخ 2 ماي 1995 والذي جاء فيه "لا يمكن الحكم بالتطليق بسبب الإهمال وعدم النفقة إلا إذا صدر حكم بوجوب النفقة على الزوجة وأن يمتنع عن تنفيذ ذلك".

ب) أن لا يكون الامتناع عن النفقة بسبب عسره.

1– بدران أبو العينين بدران، الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961، ص 291.

2– العربي بلحاج، الوجيز في شرح ق.أ.ج ،ج1(الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1999، ص276.

3– دليلة آيت شاوش سعيد، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة دراسة مقارنة بين الفقه وق.أ.ج وبعض تشريعات أ.ش، مذكرة دكتوراه ، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014، ص130.

ج) ألا تكون عالمة بإعساره وفقره وقت الزواج، بحيث لو كانت عالمة بحاله وظروفه وثبت ذلك للقاضي، فإن هذا الأخير يرفض طلبها لأن السبب غير مبرر وإثبات علمها بإعساره يتم إما بشهادة الشهود أو الكتابة أو الإقرار.[1]

وتبقى مسألة الإثبات في علمها من عدمه مسألة موضوعية تخضع لقواعد الإثبات العامة، وللقاضي السلطة التقديرية في اعتماد قول أي منهما، وهو ما جاء به القرار رقم 44994 المؤرخ في 23 /87/2[2]. وعليه لا يكون الزوج ممتنعا عن النفقة إذا كان معسرا ولا يطلق عليه القاضي للعسر، وهنا يمهله القاضي مدة مناسبة[3]، وتتمثل سلطة القاضي التقديرية هنا في تحديد المهلة بما يراه مناسبا وكافيا ضمن ما حدده القانون، غير أن المشرع لم ينص في قانون الأسرة على المدة التي تنتظرها الزوجة بعد الحكم لها بالنفقة، والتي يمكنها بعدها تقديم طلب التطليق إلى المحكمة[4]، غير أن هناك من يرى أن مدة عدم الإنفاق التي يجب على الزوجة انتظارها لكي تطلب التطليق هي شهرين، قياسا على المدة التي وردت في المادة 331 ق.ع. والتي تعاقب من امتنع عمدا عن تنفيذ حكم النفقة لمدة تتجاوز شهرين، وما أكد القول بهذه المدة هو قرار المحكمة العليا الصادر بتاريخ 1984/11/19.[5]

ثانيا: التطليق للهجر في المضجع

تطرق المشرع إلى الهجر في المضجع كسبب من أسباب التطليق في المادة3/53 والتي جاء فيها "يجوز للزوجة طلب التطليق للهجر في المضجع فوق أربعة أشهر " وهو من الوسائل التأديبية التي يملكها الزوج في مواجهة زوجته عملا بقوله تعالى: ﴿**وَاللاَّتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ**...﴾[6] فإذا أساء الزوج استعمال هذا الحق كان للزوجة رفع

1- يوسف دلاندة ، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة ،ط3، دار هومه ،الجزائر، 2011، ص52-53.

2- باد يس ديابي ،صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى ،عين مليلة، الجزائر ،2012 ،ص37 .

3- فضيل سعد،مرجع سابق، ص272.

4- العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص278.

5- دليلة آيت شاوش، مرجع سابق،ص131.

6- سورة النساء،الآية 34

أمرها للقاضي وتطلب التطليق للضرر، ويقصد بالهجر في المضجع "هجر الزوج لفراش الزوجة بأن يهجرها مع المبيت معها في غرفة نوم الزوجية وذلك بالإعراض عنها، وعدم قربانها، في حدود الشرع".[1]

وعليه يشترط في الهجر كمبرر قانوني يخول للزوجة طلب التطليق مايلي:

1) هجر الزوج للزوجة مع المبيت معها في فراش الزوجية، والإعراض عنها، وعدم قربانها.

2) أن يكون الهجر عمديا ومقصودا لذاته.

3) أن يتجاوز الأربعة أشهر متتالية، دون اتصال بينهما.[2]

أما إذا كان الهجر لعذر شرعي أو مبرر قانوني كوجود الزوج في المستشفى أو الخدمة العسكرية، أو كان تعبيرا عن غضب الزوج من سلوك زوجته الطائش ولم يتجاوز أربعة أشهر فلا يجوز للمحكمة أن تحكم بتطليقها في هذه الحالات، لأن الهجر شرعي ولأسباب معقولة وعليه إذا رفعت دعوى التطليق للهجر لا يجيبها القاضي لها إلا بعد التأكد من وجود واقعة الهجر الحقيقي بدون سبب شرعي، وأن يتجاوز أربعة أشهر.[3]

وهذه الشروط يجب على القاضي التأكد من توافرها، وإلا لم يجز له الحكم بالتطليق. وتظهر سلطة القاضي في تقديره لمدى شرعية أو عدم شرعية أسباب الهجر وكذا في تقديره لمدى تعسف الزوج من عدمه.

ثالثا: التطليق للغيبة والحبس

1- التطليق للغيبة

أ- **التطليق للغيبة فقها:** اختلف الفقهاء في الفريق للغيبة بحيث ذهب الحنفية والشافعية أنه لا يحق للزوجة طلب التفريق للغيبة ولا تجاب لطلبها لعدم وجود ما يصلح سببا للتفريق في نظرهم.

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، 288.

2- عبد الهادي بن زيطة، تعويض الضرر المعنوي في ق.أ.ج –دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي–، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007، ص135.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص289.

وذهب المالكية أن للقاضي أن يفرق بين الزوجين إذا غاب الزوج عن زوجته غيبة تتضرر منها، متى رفعت أمرها إليه طالبة التفريق، وقدروا الغيبة بسنة أو ثلاث سنوات، فقالوا أن القاضي يكتب إليه إذا كانت تبلغه المكاتبة إعذار، وإلا طلق بلا إعذار بعد انتهاء المدة المذكورة، ومنهم من يطلق على الغائب وإن كان معذورا لحصول الضرر.

وفرق الحنابلة بين الغيبة لعذر ولغير عذر فقالوا إذا كانت لعذر لم يفرق، وإن كانت لعذر فرق[1]، فإذا طلبت الزوجة التطليق لضرر الغياب، وكان مكان زوجها غير معلوم أو في مكان لا يمكن وصول الرسائل إليه، فإن القاضي متى ثبت لديه الغياب، ومضت السنة يطلق في الحال[2]، وإن كان يمكن وصول الرسائل إليه ضرب له القاضي أجلا و أعذر إليه بأنه يطلق إن لم يحضر للإقامة معها أو ينقلها إليه، أو يطلقها فإذا انقضى الأجل ولم يفعل، ولم يبد عذرا مقبولا طلقها القاضي منه ولو كان له مال تستطيع أن تنفق منه على نفسها، لأن هذا تطليق لضررها ببعده عنها، بلا عذر وليس لعدم وجود ما تنفق منه.[3]

والتفريق للغيبة طلاق بائن عند مالك، وفسخ عند الحنابلة لأنه لم يصدر من الزوج[4].

ب- سلطة القاضي في التطليق للغيبة: إذا غاب الزوج غيبة طويلة دون عذر شرعي يمكن للزوجة أن تطلب التطليق، سواء كان الغياب معلوما أو مجهولا، وهذا ما جاء في المادة 5/53 من ق.أ. " يجوز للزوجة طلب التطليق من زوجها في حال الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة"يتضح من خلال هذه الفقرة أن المشرع أعطى للقاضي سلطة تقديرية في إجابة الزوجة لطلبها و لكن بعد توفر الشروط الآتية:

1) أن تمضي سنة فأكثر على الغياب، وهذا مستمد من الفقه المالكي الذي جعل الغيبة من سنة إلى ثلاث سنوات.[5]

1- بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص294.

2- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص366.

3- عبد الوهاب خلاف، مرجع سابق، ص165.

4- مصطفى شلبي،مرجع سابق،ص608.

5- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص297.

2) أن يكون الغياب بدون عذر شرعي، أما إذا كان الغياب لعذر مقبول كطلب العلم أو ممارسة التجارة فهذا لا يعد سببا لطلب التطليق.[1]

3) إهمال الزوج لنفقة زوجته بأن لم يترك لها مال تنفقه على نفسها وأولادها.

والغائب الذي يقصده المشرع هو الذي نص عليه في المادة 110 ق.أ. التي جاء فيها "الغائب هو الذي منعته ظروف قاهرة من الرجوع إلى محل إقامته أو إدارة شؤونه بنفسه أو بواسطة مدة سنة وتسبب غيابه في ضرر الغير".

وهذه المادة حددت مفهوم الغائب، والمادة112 من نفس القانون وكذا المادة5/53 قد خولتا للزوجة طلب التطليق للغياب من جراء الضرر اللاحق بها، إذا توفرت الشروط السابقة فإذا كان الغائب في مكان معروف ويمكن وصول الرسائل إليه، ضرب له القاضي أجلا وأعذره بالتطليق عليه إن لم يحضر للإقامة مع زوجته أو ينقلها إليه، فإذا انقضى الأجل ولم يحضر ولم يبد عذرا مقبولا طلق عنه القاضي بعد تأكده من إصرار الزوجة على طلبها.[2]

أما في حالة فقد الزوج بحيث لا يعرف مكانه ولا يعرف إن كان حيا أو ميتا وتضررت الزوجة من تلك الغيبة جاز لها أن تطلب التطليق من زوجها وقد جعل المشرع للقاضي سلطة تقديرية في إيقاعه من خلال المادة 112 ق.أ. حيث جاء فيها "لزوجة المفقود أو الغائب أن تطلب الطلاق بناءا على الفقرة الخامسة من المادة 53 من هذا القانون"

وقبل الحكم بالتطليق فإنه يجب على القاضي وإعمالا لسلطته التقديرية أن يبحث ويتحرى عن الجهة التي فقد فيها الزوج، فإذا فقد في جهة آمنة من الكوارث، أجل طلبها إلى مضي أربع سنوات من فقده[3]، طبقا للمادة 113 ق.أ. والتي جاء فيها "يجوز الحكم بموت المفقود في الحروب والحالات الاستثنائية بمضي أربع سنوات بعد التحري، وفي الحالات التي تغلب فيها السلامة يفوض الأمر في تقدير المدة المناسبة بعد مضي أربع سنوات".

1- باديس ديابي، مرجع سابق، ص50.

2- العربي بلحاج،مرجع سابق، ص299.

3– دليلة آيت شاوش، مرجع سابق، ص168.

يتضح من خلال هذه المادة أنها تمنح سلطة تقدير المدة للقاضي بعد مضي أربع سنوات، إذ يمكن له أن يتريث أكثر قبل الحكم بالوفاة.

أما إذا فقد في جهة يغلب على الظن هلاكه فيها، لفقده في معركة أو إثر غارة جوية أو زلزال فرق القاضي بينهما.

ب- التطليق للحبس:

1- التطليق للحبس فقها: اختلف الفقهاء في جواز التفريق للحبس على مذهبين:

المذهب الأول: عدم جواز التفريق بالحبس، وهو مذهب الحنفية والشافعية، واستدلوا بقوله تعالى: ﴿**فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ**﴾.

المذهب الثاني: ذهب المالكية والحنابلة إلى جواز التفريق بالحبس، واستدلوا بالحجج التي استدلوا بها على عدم التفريق للغيبة والفقد، ومنها أن المفقود لا يورث ماله حتى يغلب على الظن هلاكه، فلذلك لا يفرق بينه وبين زوجته حتى يغلب على الظن موته[1] .

2- دور القاضي في التطليق للحبس: نصت4/53 على أنه"يجوز للزوجة طلب التطليق من زوجها للحكم عليه في جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية"و يجب توفر الشروط التالية للمطالبة بالتطليق.

1) أن تثبت الزوجة بالطرق القانونية أن زوجها قد ارتكب جريمة معينة، وأنه قد صدر فيه حكما نهائيا، وتقدم للمحكمة نسخة من هذا الحكم لتدعيم طلبها.[2]
2) أن تكون العقوبة مقيدة للحرية، فإن لم تكن كذلك لم يجز المطالبة بالتطليق.
3) أن تكون العقوبة قرينة على استحالة مواصلة العشرة الزوجية ومواصلتها.
4) أن تكون العقوبة مشينة.[3]

1- محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص302-304.

2- مسعودة نعيمة إلياس،"التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق -دراسة مقارنة-" رسالة دكتوراه ،جامعة أبي بكر بلقايد تلمسان،كلية الحقوق،2009-2010، ص219.

3- العربي بلحاج، مرجع سابق،294-295.

ويلاحظ أن الفقرة السابقة لم تحدد الجرائم الماسة بالشرف وتركت ذلك لتقدير القاضي بما له من سلطة تقديرية، والجرائم الماسة بالأسرة عديدة منها (الاعتداء على المحارم، هتك العرض) إضافة إلى الجرائم التي تسيء إلى سمعة الزوجة والأسرة ككل والمذكورة في ق.ع.ج.[1]

كما تجدر الإشارة إلى أنه يمكن للزوجة طلب التطليق حال ارتكاب زوجها جريمة الفاحشة المبينة حسب المادة7/53 والفاحشة المبينة يقصد بها"الخطأ المخل بالآداب بصفة خطيرة، في ضوء أحكام الفقه الإسلامي، والعرف والضمير الاجتماعي".[2]

وعليه إذا ارتكب الزوج هذه الفاحشة ترفع الزوجة أمرها للقاضي طالبة التطليق، وحينئذ يطلقها القاضي إذا ثبت ارتكاب الفاحشة، وكان الفعل خطير يؤدي إلى استحالة استمرار المعيشة المشتركة بين الزوجين، وللقاضي سلطة تقديرية وموضوعية في هذا الشأن.

الفرع الثاني

التطليق للعيوب

أولا: التطليق للعيوب فقها

اختلف الفقهاء في ذلك فبعضهم منع ذلك سواء كان العيب بالرجل أم المرأة، وهو قول الظاهرية وزكى الشوكاني رأيهم في نيل الأوطار فقال "ومن أمعن النظر لم يجد في الباب ما يصلح للاستدلال على الفسخ بالمعنى المذكور لدى الفقهاء"وابن القيم أجاز طلب التفريق من كل عيب مستحكم سواء أكان بالرجل أو المرأة.

وبين هؤلاء المانعين والمجيزين بإطلاق كان جمهور الفقهاء، فأبو حنيفة وأصحابه لم يجيزوا التفريق من القاضي لعيوب المرأة[3]، فقال أبو حنيفة وأبو يوسف يجوز التفريق بين الزوجين لكون الزوج عنينا، أو خصيا أو مجبوبا، وقال محمد بن حسن من الحنفية يفرق بعيب الزوج بالعيوب الثلاثة أو البرص أو الجنون أو الجذام.[4]

1- يوسف دلاندة،مرجع سابق، ص56.

2- العربي بلحاج،مرجع سابق، ص305.

3- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص385.

4- أبو العينين، مرجع سابق، ص287.

والأئمة الثلاثة أجازوا التفريق لهذه العيوب سواء كانت بالرجل أو المرأة وقد قال مالك أن الفرقة تكون طلاقا بائنا وقال الشافعي وأحمد أنها فسخ.[1]

ثانيا: سلطة القاضي في التفريق للعيوب

نصت المادة2/53"يجوز للزوجة طلب التطليق في حالة العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج".

والمقصود بالعيوب هنا: "تلك العلل الجنسية أو الأمراض المنفرة التي من شأنها الحيلولة دون ممارسة العلاقات الجنسية والتي لا يكن المقام معها إلا بضرر"

ويشترط في العيب ليكون سببا مبررا للتطليق في قانون الأسرة ما يلي:

1) أن يكون العيب في الزوج دون الزوجة، لأن المشرع قصر حق طلب التطليق على الزوجة فقط، إذ الزوج يملك حق الطلاق طبقا لإرادته المنفردة (المادة48 ق.أ.ج).

2) أن يكون العيب من العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج وهذا الأمر خاضع للسلطة التقديرية للقاضي[2]، حيث ترك له المشرع مجالا واسعا أمام سلطته التقديرية، بحيث له الحرية وفق أهداف الزواج المذكورة في المادة2 من ق.أ[3] في أن يكيف نوع وطبيعة العيب الذي يعاني منه الزوج، وهل يحول دون تحقيق الهدف من الزواج أم لا. فلم يقيده بأنواع معينة من العيوب حتى لا تظلم المرأة في رابطة زوجية لا تحقق لها المودة والسكن الذي هدفت إليه من زواجها، ورغم التوسع في العيوب الذي تبناه المشرع، إلا أنه اعتبر هذا غير كاف ففرض في المادة7مكرر ضرورة الفحص الطبي قبل الزواج.[4]

1- أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ص 359.

2- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص282،280.

3- "الزواج عقد رضائي... من أهدافه تكوين أسرة أساسها المودة والرحمة والتعاون، وإحصان الزوجين والمحافظة على الأنساب"

4- دليلة آيت شاوش، مرجع سابق، ص71،54.

وعليه يجوز للزوجة طلب التطليق إذا وجدت في زوجها عيبا مستحكما لا يمكن الشفاء منه أما إذا كان العيب قابلا للزوال يؤجل القاضي الدعوى مدة مناسبة لا تتجاوز السنة، فإذا لم تزل العلة فرق بينهما[1].

ونخلص في الأخير أن تقدير العيوب يعود للقاضي إذ هو المؤهل لتقدير الأدلة المقدمة من الزوجة، كما أنه بإمكانه بما له من سلطة تقديرية اللجوء لأهل الخبرة ، ولا يمكن له إجابة الزوجة لطلبها إلا بعد أن تثبت الضرر اللاحق بها.

الفرع الثالث

التطليق للضرر

أولا: التطليق للشقاق المستمر بين الزوجين

1- التفريق للشقاق فقها: اختلف الفقهاء في اعتبار الشقاق سببا للتفريق على مذهبين:

- ذهب الحنفية والشافعية وأحمد في رواية إلى أنه ليس للمرأة ذلك، فإن رفعت أمرها للقاضي طالبة التفريق عليه أن لا يجيبها إلى طلبها، ويرسل حكمين للإصلاح بين الزوجين عند استحكام الشقاق لقوله تعالى: **﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَابْعَثُواْ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَا إِن يُرِيدَا إِصْلاَحًا يُوَفِّقِ اللّهُ بَيْنَهُمَا إِنَّ اللّهَ كَانَ عَلِيمًا خَبِيرًا﴾**.[2]
- وذهب المالكية وأحمد في الرواية الثانية إلى أن للزوجة خيار بين الإقامة معه ويأمره القاضي بالإحسان إليها، وبين أن تطلب التفريق فإن اختارت التفريق وثبت الضرر أمره القاضي أن يطلق أو يطلق عنه.[3]

2- سلطة القاضي في التطليق للشقاق: نصت المادة8/53 على أحقية جواز مطالبة الزوجة بالتطليق نظرا للشقاق المستمر بينها وبين زوجها واستفحاله بينهما مدة طويلة تستحيل معه العشرة الزوجية[4]، ومعلوم أنه على القاضي قبل الحكم بالطلاق أن يحاول إجراء الصلح بين

1- العربي بلحاج، مرجع سابق، ص282- 283.

2 – سورة النساء، الآية 35.

3- محمود علي السرطاوي، مرجع سابق، ص299-300.

4- يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص59.

الزوجين طبقا للمادة49 من ق.أ وإن عجز عن ذلك، ألزم بانتداب الحكمين وذلك لاتخاذ إجراءات التحكيم بين الزوجين، وهو ما نصت عليه المادة 56 ق.أ[1] ويبدو من هذه المادة أن المحكمة لا تحكم بالطلاق بمجرد وجود الشقاق، بل عليها التأكد من استفحاله[2]، ويجب على الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما فإذا عجزا عن الإصلاح وثبت الضرر حكم القاضي بالتطليق بناءا على تقريرهما، وقد استقر الاجتهاد القضائي أنه يشترط في الشقاق الموجب للتطليق الاستمرارية وثبوت الضرر، والمشرع لم يحدد معيار الضرر بسبب الشقاق الموجب للتطليق ولذا يبقى أمر تحديده خاضعا للسلطة التقديرية للقاضي.[3]

كما تتمثل سلطة القاضي التقديرية في بذل القاضي جهده في الإصلاح، من خلال وقوفه على أسباب النزاع بعد ثبوت الدعوى، فيتدخل بأسلوبه ومعرفته بينهما، مرشدا وواعظا، كما تظهر سلطته كذلك في تأجيل الدعوى مدة مناسبة، فالمشرع وإن جعل لهذه المدة حدا أعلى وقدرها بثلاثة أشهر فإنه ترك الأمر للقاضي، يقدر المدة التي يراها كافية ليراجع الزوجين نفسيهما.[4]

ثانيا: التطليق لضرر تعدد الزوجات

1-نظرة الشريعة للتطليق لضرر تعدد الزوجات: التطليق لضرر تعدد الزوجات مخالف للشريعة الإسلامية، ذلك أن التطليق للضرر هو تطليق لسوء عشرة الزوج لزوجته، لا مجرد شعورها بآلام من جراء الزواج عليها، فهنا لم يضيق الشرع عليها ولم يجبرها على البقاء معه وأعطاها الحق في الخلع، وزواج الرجل بثانية لا يعطي الزوجة الحق في طلب التطليق لأي ضرر مادي أو معنوي، وإعطائها هذا الحق دوران حول حق الرجل في تعدد الزوجات يستهدف

1- "إذا اشتد الخصام بين الزوجين ولم يثبت الضرر وجب تعيين حكمين للتوفيق بينهما. يعين القاضي حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة، وعلى هذين الحكمين أن يقدما تقريرا عن مهمتهما في أجل شهرين"

2- الرشيد بن شويخ ،شرح ق.أ.ج العدل –دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية– ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008، ص206.

3- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق، ص 252، 254.

4- أحمد شامي، مرجع سابق، ص177.

تعطيله والحد منه، وهو يؤدي إلى ضرر عام، ومفاسد أعظم من الضرر الذي يصيب الزوجة للتزوج عليها، والتطليق لتعدد الزوجات أو لضرر نفسي ناتج عنه يصيب الزوجة أمر مخالف للثابت في جميع المذاهب الإسلامية، فإذا كان المذهب المالكي قد أجاز التطليق للضرر فإن مراجعه صريحة في أن زواج الرجل بأخرى لا يعتبر ضررا.[1]

2-دور القاضي في التطليق لضرر تعدد الزوجات: أجازت المادة6/53 للزوجة المطالبة بالتطليق حال مخالفة الزوج أحكام المادة 08 التي سمحت بالزواج بأكثر من واحدة بشروط وتقدير هذه الشروط خاضع للسلطة التقديرية للقاضي كما سبق بيانه، وبالتالي هذه الفقرة لا موجب لها ما دامت المادة 8 مكرر نصت على أحقية الزوجة في المطالبة بالتطليق في حال التدليس[2]، كما أن المادة 19من ق.أ تعتبر هي الأخرى الأساس لهذه الفقرة التي تجيز للمرأة طلب التطليق عند مخالفة الزوج لشرط عدم الزواج عليها، وعليه يبدو أن المشرع قد أخرج من دائرة عموم الضرر المعتبر، حالة مخالفة أحكام المادة8 وجعلها سببا مستقلا من أسباب طلب التطليق من خلال المادة6/53.[3]

ثالثا: التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج

1- موقف الفقه من هذه الشروط: إن الشروط المقترنة بالعقود لا تكون ملزمة للطرفين إلا إذا كانت متفقة مع الآثار التي رتبها الشارع الحكيم على ذلك الرباط المقدس، واختلف الفقهاء فيما يلزم من الشروط ما بين مضيق وموسع، فالظاهرية منعوا كل شرط إلا ما جاء النص بإثباته إذ قصروا الأدلة على النصوص، والحنابلة وسعوا إلا ما قام الدليل على منعه.

وذهب الحنفية والشافعية وأكثر المالكية إلى أن الشروط المعتبرة هي التي تكون متفقة مع مقتضى العقد.[4]

1- محفوظ بن صغير ،قضيا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج ، مرجع سابق، ص236- 240.

2- يوسف دلاندة، مرجع سابق، ص 58.

3-محفوظ بن صغير، مرجع سابق، ص 236.

4- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص209-210.

2- سلطة القاضي في التطليق لمخالفة الشروط المتفق عليها في العقد:

تناول المشرع مسألة الاشتراط في عقد الزواج في المادة19ق.أو التي نصت"للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق له كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، ما لم تتنافى هذه الشروط مع أحكام هذا القانون".

يتضح من نص هذه المادة أن المشرع أجاز للزوجين أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية ما لم تكن مخالفة للقانون، وقد خص بالذكر اشتراط المرأة عدم التزوج عليها، وأن لا يمنعها من العمل[1]. فإذا اشترطت الزوجة شروطا وأخل الزوج بها فإن المادة 9/53 خولت لها الحق في المطالبة بالتطليق، غير أنه لا يعتبر مجرد عدم تنفيذ الشروط سببا لطلب التطليق، إذ تبقى هذه المسألة خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي، بمعنى أنه هو الذي يقدر إذا كان الشرط المخالف يخول الزوجة طلب التطليق أم لا.

وفي هذا الصدد قضت المحكمة بأن إصرار الزوج على إخراج زوجته من بلدها يعتبر إخلالا بالشروط التي تضمنها عقد الزواج والتي التزم بها الزوج، مما يترتب عليه فك العصمة[2].

ويضاف إلى صور الضرر السالفة ما نص علي المشرع في المادة 10/53من ق.أ إذ يلاحظ من خلال هذه الفقرة أن المشرع أورد عبارة عامة فيما يخص الضرر مما يعني فتح المجال أمام السلطة التقديرية للقاضي، ولأن المشرع لم يضع قيودا واضحة في نصوصه، هذا ما أدى بالقضاء إلى تصنيف بعض التصرفات في خانة الضرر كالضرب والجرح العمدي وسوء المعاملة.[3]

وتجدر الإشارة أن المشرع نص في المادة53 مكرر على جواز الحكم بالتعويض عن الضرر الناتج عن التطليق غير أنه لم يبين الأسس التي يعتمدها القاضي لتقدير التعويض كما

1- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق، ص 340.

2- عبد الهادي بن زيطة، مرجع سابق، ص140.

3- دليلة آيت شاوش، مرجع سابق، ص216.

لم يحدد له الحد الأدنى أو الأعلى للتعويض مما يعني منحه سلطة تقديره بما يراه مناسبا لجبر الضرر.

المطلب الثاني

تقدير القاضي للطلاق التعسفي والنشوز

الفرع الأول

تقدير القاضي للطلاق التعسفي

الأصل أن الطلاق حق مباح للرجل يملك إيقاعه بحرية هذه الأخيرة تنتهي عندما تبدأ حرية الآخرين، فإذا تمادى الزوج في استعمال حقه يعتبر متعسفا.[1]

والتعسف هو "إساءة استعمال الحق بحيث يؤدي إلى ضرر بالغير"، والتعسف في الطلاق هو"الخروج به عن الحكمة التي اقتضت تشريعه"[2].وقد نص المشرع على الطلاق التعسفي من خلال المادة52 من ق.أ حيث جاء فيها" إذا تبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق حكم للمطلقة بالتعويض عن الضرر اللاحق بها" يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع أوجب التعويض على الطلاق التعسفي بتوافر شرطين:

- أن يتبين للقاضي تعسف الزوج في الطلاق.
- أن يتحقق القاضي من لحوق الضرر بالمطلقة.

ويشترط توافر العنصرين متلازمين ليكيف الطلاق بأنه تعسفي[3].

كما نصت المادة 124مكررمن ق.م.ج على المعايير التي يشكل بها الاستعمال التعسفي للحق وهي حالات مصاغة بشكل عام وباعتبار الدراسة تدور حول الطلاق يمكن تكييف هذه المعايير كما يلي:

1- عبد الهادي بن زيطة،مرجع سابق، ص168.

2- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج ، مرجع سابق، ص82-83.

3- المرجع نفسه، ص202-203.

- قصد الإضرار بالمطلقة:أي تكون نية الإضرار هي الباعث الوحيد لصاحب الحق في استعماله وهي مسألة نفسية يمكن للقاضي استخلاصها من انعدام الفائدة الكلية للزوج من الطلاق.
- رجحان الضرر على المصلحة.
- عدم مشروعية المصالح التي يرمي المطلق إلى تحقيقها:فإذا أراد الزوج تحقيق مصلحة غير مشروعة فإنه يكون متعسفا.[1]

والمشرع لم يبين متى يعتبر الطلاق تعسفيا، ولم ينص على الحالات التي يكون فيها الزوج متعسفا وتكييف الطلاق بأنه تعسفي يخضع للسلطة التقديرية للقاضي.وانطلاقا من الواقع العملي للمحاكم يمكن اعتبار الأسباب الآتية صورا للتعسف:

- إن كان الطلاق من غير سبب معقول
- إذا طلبت الزوجة المطلقة الرجوع إلى بيت الزوجية وتنازلت عن حقها في التعويض وتمادى الزوج في تمسكه بطلب الطلاق.
- إذا طلق الزوج زوجته في مرض موته.[2]

وإثبات التعسف من صلاحيات القضاء،فالقاضي هو الذي يبين صور التعسف من خلال سلطته التقديرية المنوطة له، فإذا طلق الزوج زوجته وتبين للقاضي أنه متعسف في طلاقها دونما مبرر شرعي، وتضررت الزوجة جاز للقاضي أن يحكم لها على مطلقها بتعويض عادل بحسب حالته ودرجة تعسفه[3]، وتقدير هذا التعويض خاضع لسلطته التقديرية ولا يمكن تقييده أو حصره وعلى القاضي أن يأخذ بعين الاعتبار بعض المعطيات، وهي مدخول الزوج وظروف المعيشة وحتى عدد سنوات العشرة الزوجية التي قضياها معا.[4]

1- عبد الهادي بن زيطة ،المرجع سابق، ص170-171.

2- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج ، مرجع سابق،ص103-104.

3- عبد الفتاح تقية، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، دكتوراه في القانون، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2006 -2007، ص 132.

4- مسعودة نعيمة إلياس،مرجع سابق، ص304.

وتبدو مهمته في ذلك صعبة ومع ذلك ستسهل إذا استعان بما يلي:

- أن يحكم ضميره المهني
- أن يستعين بوكيل الجمهورية الذي أصبح طرفا أصليا في منازعات الأسرة.
- أن يستثمر جلسات الصلح التي تعقد بحسب المادة 49 من ق.أ.ج، بحيث يستطيع أن يقدر تعسف الزوج أو عدمه.
- يمكن له أيضا أن يستعين بتقرير الحكمين حسب المادة 56 ق.أ.ج.[1]

وعليه فالقاضي يملك سلطة تقديرية مطلقة في مبلغ التعويض لأن المشرع لم يحدده بنص خاص ورغم السلطة المطلقة للقاضي فإنه لا يجوز له أن يقدر التعويض بمبالغ مبالغ فيها ترهق الزوج ويعجز عن أدائها.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير حالات النشوز

نص المشرع الجزائري على النشوز في المادة 55 من .أ.ج"عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق وبالتعويض للطرف المتضرر"

يلاحظ من خلال هذه المادة أن النشوز يمكن أن يحصل من كلا الزوجين، والمشرع لم يحدد حالات النشوز ولا تعريفه وترك أمره للقاضي، الذي عليه أن يرجع إلى أحكام الشريعة طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة الجزائري.

والنشوز عرفه الفقهاء بأنه "معصية الزوجة لزوجها فيما له عليها مما أوجبه له النكاح".[2]

وعرفه فضيل سعد بأنه "عدم امتثال أحد الزوجين لأحكام عقد الزواج، ورفض تنفيذ أحكام القضاء الملزمة له بذلك".[3]

1- سليمان ولد خسال، مرجع سابق، ص 146.

2- محمود السرطاوي، مرجع سابق، ص141.

3- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح ق.أ.ج، مرجع سابق، ص309.

والمشرع لم يحدد الأفعال التي يقوم بها الزوج ليكون ناشزا وترك السلطة التقديرية للقاضي في تقدير الوقائع الموضوعية وتقييمها للقول بأن عناصرها ومكوناتها تعد نشوزا، على أن يعتمد على أمور مستساغة اجتماعيا ومقبولة أخلاقيا وقانونيا فقط.[1]

ولعل من أمثلة النشوز ما يلي:

أولا: حالة نشوز الزوج

يعد الزوج ناشزا إذا امتنع عن توفير مسكن مستقل للزوجة بعد الحكم به، وهذا ما أقرته المحكمة العليا في قرارها الصادر في1998/4/21 حيث أقرت أن امتناع الزوج عن توفير سكن مستقل للزوجة يعتبر نشوزا منه حيث قرر "من المقرر قانونا أنه عند نشوز أحد الزوجين يحكم القاضي بالطلاق والتعويض للمتضرر ومتى ثبت في قضية الحال أن الطاعن ثبت نشوزه بامتناعه عن توفير السكن المنفرد المحكوم به للزوجة وتعويضها طبقوا صحيح القانون".

ويمكن القول أن الاجتهاد ربط النشوز بالبيت الزوجي سواء تركه وعدم الرجوع إليه أو عدم توفيره، وللقاضي سلطة تقديرية للقول بتوفر النشوز من عدمه. لأن الزوجة قد ترفض الرجوع إلى البيت الزوجي المستقل ولا تعد ناشزا، في حالة عدم توفير مسكن مستقل، ومراقبة مدى توفير المسكن الزوجي المستقل ترجع للقاضي، كما أن امتناع الزوجة عن الرجوع إلى البيت الزوجي الملائم لا يعد نشوزا في حال رفض الزوج الحضور شخصيا لإرجاع زوجته[2]، وهذا ما أكده القرار الصادر بتاريخ1998/02/17.

ثانيا: حالة نشوز الزوجة

تكون الزوجة ناشزا إذا امتنعت عن الرجوع إلى البيت الزوجي، بعد صدور حكم نهائي يلزمها بذلك، وهذا ما قضت به المحكمة العليا في 1984/7/9حيث أقرت أن سقوط النفقة على الزوجة لا يكون إلا بعد ثبوت أنها بلغت بالحكم النهائي القاضي برجوعها إلى محل الزوجية،

1- عبد العزيز سعد، ،ق.أ. في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص126.

2- عثمان كرجاني، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج و انحلال الرابطة الزوجية، رسالة ماجستير، جامعة محمد بوقرة بومرداس، كلية الحقوق،2011-2012 ، ص169.

وبعد ثبوت امتناعها عن تنفيذ الحكم مما يجعلها ناشزا، بشرط أن يقوم زوجها بالسعي لإرجاعها بعد تبليغها وإمهالها وفي حالة رفضها يحرر المحضر القضائي محضرا بذلك.[1]

ونخلص في الأخير أن القاضي المرفوعة أمامه الدعوى هو الذي يحدد مدى توافر حالات النشوز من عدمها بمقتضى ما لديه من سلطة تقديرية، فإذا درس القاضي طلب الطلاق بسبب النشوز ورأى أن المدعى عليه سواء أكان زوجا أو زوجة ناشزا حكم بالطلاق، وإذا ثبت لديه تضرر طالب الطلاق حكم له بالتعويض طبقا للمادة55 سالفة الذكر.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يحدد قيمة التعويض مما يعني أنه خاضع كذلك لسلطة القاضي التقديرية.

1- عثمان كرجاني، مرجع سابق، ص186.

الفـــــــصل الثانـي

سلطة القاضي في الآثار

المترتبة عن الرابطة الزوجية

تمهيد:

إن عقد الزواج كغيره من العقود، تترتب عليه جملة من الآثار سواء أثناء قيام العلاقة الزوجية أو حتى بعد انتهائها، والمشرع نص في قانون الأسرة على هذه الآثار، من خلال المواد التي تضمنها، كما منح للقاضي سلطة واسعة في تقدير هذه الآثار سواء المالية منها، كالنفقة الزوجية ونفقة العدة، أو غير المالية هذه الأخيرة لها علاقة وطيدة بمصلحة الأطفال، من حيث حفظ أنسابهم أومن خلال رعايتهم وتربيتهم.

وسأحاول في هذا الفصل إبراز سلطة القاضي في الآثار المالية في مبحث أول، وكذا سلطته في الآثار غير المالية في مبحث ثان.

المبحث الأول

سلطة القاضي في الآثار المالية

سنتناول في هذا المبحث سلطة القاضي في الآثار المالية من خلال التطرق لسلطته في تقدير النفقة وبدل الخلع في مطلب أول، ثم سلطة القاضي في تقدير أجرة الرضاع، ومجال تدخله في النزاع حول متاع البيت، في مطلب ثان.

المطلب الأول

سلطة القاضي في تقدير النفقة وبدل الخلع

سأتناول في هذا المطلب سلطة القاضي في تقدير النفقة في فرع أول، ثم سلطته في تقدير النفقة في فرع ثان.

الفرع الأول

دور القاضي في تقدير النفقة

أولا: ماهية النفقة

1- تعريفها وحكمها:

أ- **تعريف النفقة:** هي اسم لما ينفقه الإنسان على زوجته وأولاده وأقاربه، من طعام وكسوة ومسكن[1]، أو هي الشيء الذي يبذله الإنسان فيما يحتاجه هو أو غيره من طعام أو شراب أو غيرهما[2]، وعرفها شلبي بأنها: ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وخدمة وكل ما يلزم لها حسبما تعارفه الناس.[3]

ب . حكمها: النفقة واجبة و قد ثبت ذلك بالكتاب والسنة والإجماع.

1- سليمان ولد خسال،مرجع سابق ، ص215.

2- أحمد الأمراني،مرجع سابق،ص205.

3- مصطفى شلبي، مرجع سابق،ص437.

فمن الكتاب: قوله تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ﴾.[1]

أما من السنة: فقد وردت عدة أحاديث تفيد هذا الوجوب منها:

ما رواه مسلم وغيره من أن رسول الله ﷺ قال في حجة الوداع: "ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن بالمعروف" وفي رواية نفقتهن.[2]

أما الإجماع فقد أجمعت الأمة على وجوب نفقة الزوجة على زوجها، وأيد المعقول هذا فإنه مادامت الزوجة قد تفرغت لواجب الحياة الزوجية، وحبست نفسها، وقصرتها على زوجها، وجب عليه الإنفاق عليها، فمن كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه.[3]

2- شروطها ومشتملاتها :

أ- شروطها: يشترط لوجوب النفقة ما يلي:

- الدخول بالزوجة بعد أن يكون عقد الزواج عقدا صحيحا، وهو ما نصت عليه المادة 74 ق.أ. أما المعقود عليها فقط دون الدخول فلا نفقة لها، إلا إذا تماطل الزوج في الدخول بها لسبب غير شرعي، ففي هذه الحالة للمحكمة أن تقضي لها بها إذا طلبتها وأثبتت ذلك التماطل.
- الحكم القضائي عن طريق رفع دعوى مدنية، كما هو موضح في المادة 74 ق.أ أو عن طريق الحكم الاستعجالي كما نصت عليه المادة 57مكرر. [4]
- كما يشترط أيضا لوجوب النفقة أن تكون صالحة للمعاشرة الزوجية والقيام بواجباتها نحو الزوج.[5]

1- البقرة، الآية 233.

2- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص439.

3- بدران أبو العينين، مرجع سابق، ص176.

4- سليمان ولد خسال ،مرجع سابق،ص118.117.

5- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي و ق.أ.ج ،مرجع سابق، ص450.

ب – مشتملات النفقة: تناول المشرع النفقة من خلال المواد 74 –80 ق.أ فقد نصت المادة 78 على مشتملات النفقة بقولها" تشمل النفقة الغداء والكسوة، والعلاج، والسكن وأجرته، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة".

والملاحظ أن هذه المادة أوردت عناصر النفقة الزوجية على سبيل المثال لا الحصر، ولقد أحسن المشرع عندما نص على أنه يدخل في النفقة ما يعتبر من الضروريات في إطار المستوى العام للحياة الاجتماعية في حدود طاقة الزوج، لذا يجب على قاضي الموضوع في حال النزاع أن يراعي كل هذه الأمور مجتمعة ولا ينسى أن يدخلها في اعتباره عندما يقرر الحكم بالمبلغ المناسب للنفقة المطلوبة.[1]

كما ذكر المشرع الجزائري بأن نفقة تطبيب الزوجة وثمن علاجها يقع على عاتق زوجها لأن ضرورته أكثر من ضرورة الطعام والشراب والزينة، ومعلوم أن الإنفاق على أحد لا يكون إلا لدفع الضرر عنه، وأي ضرر يصيب الزوجة أكبر من أن تمرض مرضا قد يكون سببه كثرة اشتغالها في بيتها أثناء حملها أو بعد ولادتها فلا يمكن دفعه بالطعام والكسوة، وإنما يمكن دفعه بالدرجة الأولى بالعلاج، وهذا ما تقره الأحكام الكلية للشريعة الإسلامية، والأعراف الصحيحة.[2]

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير النفقة

على الرغم من ثبوت النفقة على الزوج لزوجته إلا أن آراء الفقهاء بشأن العوامل التي يجب إدخالها في الاعتبار عند النظر في قيمة النفقة اختلفت، بمعنى هل ينظر لحال الزوج أم الزوجة فقط أم لحالهما معا؟[3].

الرأي الأول: أنه يعتبر حالهما أي أنهما إذا اتفقا على اليسار كان الواجب نفقة اليسار، وإن اتفقا على نفقة الإعسار كانت هي الواجبة، فإن كان أحدهما موسر والآخر معسر كانت النفقة وسطا بين اليسار والإعسار.

1- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص389.

2- محفوظ بن صغير، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق، ص356.

3- عيسى حداد، مرجع سابق، ص270.

الرأي الثاني: أن النفقة تقدر على حسب حال الزوج يسارا وإعسارا لقوله تعالى:﴿ **لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُ فَلْيُنفِقْ مِمَّا آتَاهُ اللَّهُ**﴾.[1]

الرأي الثالث: اعتبارها بحال الزوجة وحدها في يسرها وعسرها ويسند هذا الرأي إلى قولهﷺ لزوجة أبي سفيان خذي ما يكفيك وولدك فقد اعتبر كفايتها وحدها. [2]

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فأخذ بالرأي الأول حيث نص في المادة 79من ق.أ على أنه" يراعي القاضي في تقدير النفقة حال الطرفين وظروف المعاش ولا يراجع تقديره قبل مضي سنة من الحكم".

وعليه فإن القانون قد منح القاضي سلطة واسعة في مجال تقدير النفقة ولم يقيده أو يلزمه بشيء إلا بمراعاة حال كل واحد من الطرفين، ومراعاة ظروف المعيشة وغلاء الأسعار. ومن ثمة فإن مهمة القاضي في تقدير قيمة النفقة وفق ميزان عادل ستكون صعبة ومع ذلك فإنها تكون سهلة نوعا ما إذا حكم ضميره واعتمد على ظروف الطرفين وحال المعاش.[3]

كما ألزم المشرع القاضي بألا يراجع قيمة النفقة المحكوم بها إلا بعد مرور سنة كاملة من تاريخ الحكم السابق[4]، ويجب عليه عند تقديره للنفقة أن يحددها من تاريخ رفع الدعوى القضائية، ويجوز المطالبة بزيادة النفقة تبعا لتغير حال الزوج والأسعار في الأسواق، غير أن دعوى الزيادة لا تسمع قبل مضي سنة من فرض النفقة إلا في حالات استثنائية، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر في 1996/04/23 والذي جاء فيه "من المقرر قانونا أنه لا يجوز للقاضي مراجعة النفقة بعد مضي سنة من الحكم ولا يجوز الطعن بحجية الشيء المقضي فيه في النفقة تبعا للمستجدات التي تطرأ على المعيشة والنفقات بصفة عامة..." .[5]

1-أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق، ص304.

2- أبو العينين، مرجع سابق، ص178.

3- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص227.

4- عبد العزيز سعد، ق.أ. في ثوبه الجديد، مرجع سابق، ص107.

5- أحمد شامي، مرجع سابق، ص281.

ومن سلطته التقديرية أيضا الزيادة في النفقة المفروضة كما لو طلبت الزوجة ذلك ورأى القاضي أن ظروف طارئة، كارتفاع الأسعار تستدعي ذلك، كما له أيضا إنقاص النفقة المقررة على أن لا تقل عن الحد الأدنى، وتتمثل سلطة القاضي التقديرية في قبول طلب تعديل النفقة.

كما تجدر الملاحظة أن الزوجة لا تستحق النفقة الزوجية فحسب، بل إنها تستحق نفقة العدة إذا ما توفي عنها زوجها، وهذا ما نصت عليه المادة 61 ق.أ وما يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع منح لكل مطلقة أو متوفى عنها زوجها الحق في النفقة من مال زوجها طيلة عدتها، كما أن المشرع ربط استحقاق نفقة العدة بمكوث الزوجة في بيت الزوجية وعليه فإن نفقة العدة حق للزوجة وعلى القاضي أن يحكم بها سواء طلبتها الزوجة أم لم تطلبها، ولا تسقط إلا إذا تنازلت عنها الزوجة صراحة، ومسألة تحديد مقدارها من اختصاص قاضي الموضوع وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها المؤرخ في 18 /6 /1991 "من المستقر عليه قضاء أن تحديد مبالغ المتعة والتعويض ونفقة العدة ترجع للسلطة التقديرية للقضاة الموضوع، غير أنهم ملزمون بذكر أسباب تحديدها، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد قصورا في التعليل...".[1]

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع

أوجد المشرع كمقابل لحق الزوج في الطلاق، آلية الخلع كحق للزوجة، ويعرف الخلع لدى الفقهاء بأنه "إزالة ملك النكاح مقابل مال تفتدي به الزوجة نفسها".

كما يعرف بأنه" دعوى ترفعها الزوجة ضد زوجها إذا بغضت الحياة معه ولم يكن من سبيل لاستمرار الحياة الزوجية وخشيت ألا تقيم حدود الله بسبب هذا البغض، والخلع يقتضي افتداء الزوجة لنفسها برد مهرها، وتنازلها عن جميع حقوقها الشرعية "[2] وقد دل على ذلك قوله

1- أحمد شامي،مرجع سابق، ص325.

2- محفوظ بن صغير ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري ،مرجع سابق ،ص219

تعالى: **﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلاَّ يُقِيمَا حُدُودَ اللّهِ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ﴾**[1] وقد نص المشرع على الخلع في المادة 54 ق.أ. وقد مر بمرحلتين من حيث تكييفه القانوني، فبعد أن كان يأخذ حكم الرخصة الممنوحة للزوجة ارتقى إلى صفة الحق الأصيل وللزوجة سلطة الاستئثار والتمسك باستعماله في أي وقت دون قيد أو شرط.

حيث اعتبر قانون 84-11 الخلع رخصة للزوجة تلجأ إليها بموافقة زوجها مقابل عوض تدفعه له، وبالتالي كان عبارة عن عقد اتفاقي بين الطرفين، أما الأمر 05-02 فارتقى به من كونه رخصة للزوجة تتوقف على رضائية الزوج إلى حق أصيل، وذلك من خلال نص المادة 54 ق.أ. المعدل[2]

ونتيجة لهذا التضارب فان الاجتهاد القضائي كان غير مستقر على موقف ثابت ويتجلى ذلك بشكل واضح في قرارات المحكمة العليا التي أسست اجتهاداتها تارة على أساس أن العصمة بيد الزوج، وبالتالي لا بد من رضاه بالخلع كما في القرار الصادر في 1984/11/21 وتارة على أساس أن الخلع حق للزوجة لا يتوقف على موافقة الزوج وهو ما أكده القرار الصادر في07/30 /1996 وكذا القرار المؤرخ في 1999/03/16.[3]

ومن خلال التعريف السابق للخلع يتضح أن بدل الخلع جزء أساسي من مفهومه ولا يقوم إلا به، مما يدفعنا إلى البحث عن كيفية تقديره وذلك من خلال التطرق إلى بدل الخلع في الفقه الإسلامي (أولا) ثم إلى سلطة القاضي في تقديره (ثانيا).

أولا: تقدير بدل الخلع في الفقه الإسلامي

اختلف الفقهاء في مقدار بدل الخلع إلى رأيين:

1- سورة البقرة ،الآية 229.

2- نور الدين عماري ،"الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائريين" ،دفاتر السياسة والقانون ،عدد13 ،جوان 2015 ،ص103 ،108.

3- محفوظ بن صغير، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج.، مرجع سابق، ص221.

1) ذهب جمهور الفقهاء الحنفية والمالكية والشافعية إلى أنه يجوز للزوج أن يأخذ من المرأة ما تراضيا عليه عوضا عن المخالعة سواء كان أقل مما أعطاها أم أكثر منه.[1]

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿ **فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا افْتَدَتْ بِهِ** ﴾[2] أي أن الله نفى الإثم فلا جناح على الزوج في الأخذ ولا جناح على المرأة في الإعطاء[3]، وقد أخرج ابن سعد عن الربيع قالت: كان بيني وبين زوجي كلام فقلت له لك كل شيء وفارقني ،قال قد فعلت، فأخذ كل شيء مني، فجئت عثمان فقال الشرط أملك، خذ كل شيء، فقد أجاز عثمان ﷺ أن يخالعها بأكثر من المهر ولم ينكر عليه أحد من الصحابة فكان إجماعا[4]. فالزيادة غير مكروهة وهذا واضح في الآية السابقة فشملت ما إذا كان مقدار المهر أو زيادة عليه، فيعمل بإطلاق النص، وهو رأي راجح لأنه إذا أعطت عن طيب نفس طاب للزوج أخذه. [5]

2) وذهب أحمد وإسحاق والزهري والأوزاعي إلى أنه لا يأخذ منها أكثر مما أعطاها، وروي هذا عن علي بن أبي طالب ﷺ، ومن هؤلاء من قال بكراهة الزيادة ومنهم من قال بالحرمة، واحتجوا بما روي أن ثابت بن قيس كانت عنده بنت عبد الله بن سلول وكان صداقها حديقة، فلما أرادت المخالعة قال لها النبي ﷺ : أتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم وزيادة، فقال الرسولﷺ أما الزيادة فلا ولكن حديقته، فقالت نعم فأخذ ماله وخلى سبيلها، وبما روي عن علي أنه قال لا يأخذ منها فوق ما أعطاها.[6]

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في قانون الأسرة الجزائري

تناول المشرع هذه المسألة من خلال المادة 2/54 بقولها "إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع، يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

1- محمود السرطاوي ،مرجع سابق ،ص292.

2- البقرة، الآية229.

3- بدران أبو العينين بدران،مرجع سابق،ص264

4- السرطاوي،مرجع سابق،ص293

5- أبو العينين، مرجع سابق،ص264

6- السرطاوي،مرجع سابق،ص 293

يتضح من خلال هذه المادة أن المشرع لم يحدد ما يجوز أن يكون بدلا للخلع، فإذا اتفق الزوجان على بدل الخلع فهنا لا مجال لتدخل القاضي، غير أنه عندما يتفق الطرفان على الخلع ولا يتفقان على مقداره، ففي هذه الحالة يتدخل القاضي حسب سلطته التقديرية لتحديده، ولا يمكن تصور دور القاضي في تحديد بدل الخلع خارج ثلاث حالات:

أ) لجوء الزوجة إلى المحكمة طالبة الخلع، وعرضها لمبلغ مالي يوافق عليه الزوج هنا يمكن القول أن سلطة القاضي التقديرية تكون ضيقة إذ لا يجوز له أن يحكم بما لم يطلبه الخصوم طبقا للمادة 16/356 قانون الإجراءات المدنية والإدارية

ب) أن تلجأ الزوجة إلى المحكمة طالبة الخلع، دون أن تعرض مقابلا له، ففي هذه الحالة يتصرف القاضي وفق سلطته التقديرية بما أن القانون لم يتطرق لهذه الحالة.

ج) أن تلجأ الزوجة إلى المحكمة لطلب الخلع، وتعرض مبلغا ماليا لا يوافق عليه الزوج وهذه الحالة نصت عليها المادة 2/54 السالفة الذكر[1].

إذ يجوز للقاضي أن يتدخل في لحسم الخلاف القائم بين الزوجين، حول المبلغ المطلوب أدائه فيحكم بالطلاق خلعا مقابل مال لا يتجاوز قيمة صداق المثل الذي يقدم لمثل الزوجة وقت صدور الحكم بالطلاق، وذلك حسب أعراف كل منطقة[2]، وتظهر سلطة القاضي في تقدير بدل الخلع في العديد من قرارات المحكمة العليا ومنها القرار المؤرخ في1985/04/22 والذي جاء فيه"من المتفق عليه أنه في حالة الاتفاق بين الزوجين على مبدأ الخلع والاختلاف في مقداره فإن أمر تقديره يعود لقاضي الموضوع..."[3] وكذا القرار الصادر بتاريخ 2006/07/21" من المقرر قانونا أنه يجوز للزوجة أن تخالع نفسها من زوجها على مال تم الاتفاق عليه فإن لم يتفقا على شيء يحكم القاضي بما لا يتجاوز صداق المثل وقت الحكم...".[4]

1- عثمان كرجاني، مرجع سابق، ص127-129.

2- أحمد شامي، مرجع سابق، ص250

3- م.ع.غ.أ.ش، قرار 1985/4/22،ملف رقم36709،نقلا عن نبيل لعور، مرجع سابق، ص70.

4- م.ع.غ.أ.ش.قرار 2006/7/21، ملف رقم83603،نقلا عن لوعيل محمد،مرجع سابق ص79.

وعليه فإن الاجتهادات القضائية للمحكمة العليا أعطت لقاضي الموضوع سلطة تقديرية واسعة في تقدير بدل الخلع، غير أن المشرع قيده في المادة 2/54 بأن لا يتجاوز قيمة صداق المثل إذ يتولى القاضي تحديد وتقدير مقابل الخلع مراعيا في ذلك مبلغ الصداق الذي تم دفعه من طرف الزوج وفترة الزواج وأسباب طلب الخلع، والحالة المادية للزوجة لأنها هي المطالبة بدفع المقابل، علما أن هذه العناصر للاستئناس فقط، وإن كانت الزوجة قاصرا فعلى القاضي أن يراعي مصلحتها عند تقدير بدل الخلع.[1]

وما نخلص إليه في الأخير أن المشرع لم يمنح القاضي دورا إيجابيا في تقدير بدل الخلع وذلك بتحديده للمعيار الذي يعتمد عليه الزوج في حالة الاختلاف بين الزوجين حول مقدار الخلع، وذلك منعا للابتزاز بين الأزواج وينبغي على القاضي أن يكون محايدا عند تحديده لبدل الخلع وهذا بحكم وظيفته فلا يتدخل لصالح أحد الخصمين، فيرفع مقدار الخلع أو يخفضه لصالح أحد المتخاصمين المتفقين على مبدأ الخلع المختلفين على مقدار قيمته. [2]

المطلب الثاني

سلطة القاضي في تقدير أجرة الرضاع ومجال تدخله في النزاع حول متاع البيت

الفرع الأول

سلطة القاضي في تقدير أجرة الرضاع

أولا: تعريف الرضاع وأجرته في الفقه الإسلامي

يحتاج الطفل في الفترة الأولى من حياته إلى تغذيته بغذاء مناسب له، وأنسب غذاء وأفضله هو لبن الأم. ولما كان الرضاع من قبيل النفقة كان واجبا على الأب لأولاده وليس واجبا على الأم في القضاء أما ديانة فواجب عليها[3]. وقد دل على وجوبه قوله تعالى

1- أحمد شامي،مرجع سابق ،ص251.

2- عبد العزيز سعد، الزواج والطلاق، مرجع سابق، ص253.

3-أبو العينين، مرجع سابق، ص321.

﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلاَدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ وَعلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾[1].

والرضاع في الاصطلاح عرفه ابن عرفة بقوله "وصول لبن آدمي لمحل مظنة غذاء آخر" وقال الجرجاني "الرضاع مص الرضيع من ثدي الآدمي في مدة الرضاع"[2].

وقد اختلف الفقهاء في استحقاق الأم لأجرة الرضاع سواء كانت زوجيتها قائمة أو أنها في عدتها؟

فذهب الحنفية والمالكية والشافعية في وجه إلى أن الأم لا تستحق أجرة الرضاع إذا كانت زوجيتها قائمة فالرضاع واجب عليها ديانة، بينما ذهب الحنابلة و الشافعية في وجه آخر إلى أنها تستحق أجرة الرضاع لقوله تعالى: ﴿ فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ ﴾[3]
أما إذا كانت في عدتها فذهب الحنفية والمالكية إلى أن الأم لا تستحق أجرة الرضاع إذا كانت معتدة من طلاق رجعي، أما المعتدة من طلاق بائن فلها أجرة على الرضاع عند المالكية والحنفية في رواية لأن النكاح قد زال فصارت كالأجنبية.

وذهب أبو حنيفة في رواية ثانية إلى أن المطلقة طلاقا بائنا لا تستحق أجرة الرضاع.

وذهب الحنابلة والشافعية إلى أن المطلقة طلاقا رجعيا أو بائنا تستحق أجرة على الرضاع[4]، ولا خلاف بينهم في أن المطلقة إذا انتهت عدتها تستحق أجرة على إرضاع الطفل. وتستحق الأم أجرة على إرضاع الصغير إلى أن يكمل السنتين ما لم يفطم قبل ذلك، ولا تستحق أجرة لأكثر من سنتين باتفاق الحنفية حتى ولو زاد إرضاع الطفل عن هذه المدة ولو اتفق الأب والأم عن إنقاص المدة عن الحولين جاز إذا كان في ذلك مصلحة الرضيع،[5] لقوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالاً عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلاَ جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾.

1- البقرة، الآية233.

2- أحمد الأمراني، مرجع سابق،ص197.

3- البقرة،الآية 233.

4- السرطاوي،مرجع سابق،ص357.

5- شلبي،مرجع سابق،ص748.

ثانيا: سلطة القاضي في تقدير أجرة الرضاع في قانون الأسرة الجزائري

المشرع الجزائري لم يتناول مسألة أجرة الرضاع ولكن بالرجوع لأحكام المادة 2/39 من قانون الأسرة رقم11/84 الملغاة والتي تنص "يجب على الزوجة إرضاع الأولاد عند الاستطاعة وتربيتهم".

غير أنه بعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 02/05 فإن المشرع الجزائري لم ينص على ذلك ولكن بالرجوع إلى المادة222 من ق.أ والتي تحيل إلى أحكام الشريعة الإسلامية، فالقاضي يأخذ بما هو معمول به الفقه الإسلامي.

أما مدة استحقاق أجرة الرضاع فقد اتفق الفقهاء على أنها سنتان فقط، فمتى أتم الرضيع حولين لم يكن للمرضع لها الحق في المطالبة بأجرة الرضاع، وهو ما أكدته المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ 1991/04/23 بقولها "من المقرر شرعا أن مدة الرضاعة الكاملة هي عامين كاملين فقط، ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بانعدام الأساس القانوني غير وجيه يستوجب رفضه"[1]

وتظهر السلطة التقديرية للقاضي في تقديره لأجرة الرضاع، وذلك من خلال رجوعه لقواعد الشريعة الإسلامية طبقا للمادة 222 من قانون الأسرة والتي خولته إعمال سلطته التقديرية وبالتالي فإنه يحكم بأجرة رضاع لا تتجاوز سنتين، كما يحكم بمقدار لا يرهق الزوج مصداقا لقوله تعالى: ﴿ **لاَ تُكَلَّفُ نَفْسٌ إِلاَّ وُسْعَهَا لاَ تُضَآرَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَّهُ بِوَلَدِهِ**﴾.[2]

الفرع الثاني

مجال تدخل القاضي في النزاع حول متاع البيت

يعتبر النزاع في متاع البيت من الآثار الناتجة عن انحلال الرابطة الزوجية وقد عالجه المشرع بنص المادة 73من ق.أ، وهذه المادة تطرح مجموعة من الإشكالات على القاضي عند تطبيقها، وفيها مجال واسع لإعمال سلطته التقديرية، وسنحاول معالجة هذه النقطة من خلال

1-أحمد شامي، مرجع سابق، ص335-336.

2- سورة البقرة، الآية233.

الولوج على مسألة من عليه إعداد البيت في الفقه (أولا) ثم مجال تدخل القاضي في النزاع حوله (ثانيا).

أولا: متاع البيت والنزاع فيه في الفقه الإسلامي

تباينت تعريفات الفقهاء لمتاع البيت فعرفه شلبي بأنه "كل ما يوجد في بيت الزوجية مما ينتفع به في المعيشة سواء كان من الجهاز، أو أدوات منزلية جدت بعد الزفاف"[1]

وقد اختلف الفقهاء فيمن يقع على عاتقه تأثيث وإعداد بيت الزوجية على رأيين:

الأول: هو أن إعداد البيت على الزوج، لأن النفقة بكل أنواعها من مطعم وملبس ومسكن عليه، وإعداد البيت من المسكن فكان بمقتضى هذا على الزوج، إذ النفقة بكل أنواعها تجب عليه، وليس ثمة من مصادر الشريعة ما يجعل المتاع حقا على المرأة ولا يثبت حق من حقوق الزواج من غير دليل وهو رأي الحنفية.

الثاني: أن الجهاز حق على المرأة في دائرة ما قبضته من مهرها، وما تجري به العادة بين أمثالها أي أن الجهاز يجب عليها بشرط ألا يزيد على مقدار المقبوض، إلا إذا كان العرف يوجب الزيادة.[2]

كما أنه قد يختلف الزوجان في أثاث البيت الذي يسكنانه أثناء الحياة الزوجية أو بعد حصول الفرقة فيدعي كل منهما ملكيته، فما لا يصلح إلا للرجال فالقول فيه قول الزوج بيمينه، وما لا يصلح إلا للنساء فالقول فيه للزوجة مع يمينها لأن الظاهر شاهد لها.[3]

أما ما يصلح لكليهما فقد اختلف فيه أئمة المذهب الحنفي إلى رأيين:

أولهما: لأبي يوسف وهو أن القول للزوجة في مقدار ما يجهز به مثلها في العادة، وما زاد على ذلك يحكم به للزوج، لأن البيت بيته ويده هي المتصرفة فيه.

1- مصطفى شلبي، مرجع سابق ، ص434.

2- أبو زهرة، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، مرجع سابق ، ص289.

3- أبو زهرة ، الأحوال الشخصية، مرجع سابق ، ص230.

ثانيهما: لأبي حنيفة ومحمد وهو أن القول للزوج بيمينه لأنه صاحب البيت ويده صاحبة التصرف فيه.

أما المذهب الجعفري فقرر أن ما يصلح للرجال يكون للزوج مع يمينه إلا أن تقوم البينة أنه للزوجة وما يصلح للنساء يكون للزوجة مع يمينها ما لم تقم البينة أنه للزوج، أما ما يصلح لكليهما فيقسم بينهما مع يمين كل منهما، وإن حلف أحدهما وامتنع الآخر عن اليمين أعطي المتاع للحالف[1].

ثانيا: سلطة القاضي في النزاع حول متاع البيت في قانون الأسرة الجزائري

قد لا تستقيم الحياة الزوجية وتكثر المشاكل بين الزوجين مما يؤدي إلى الانفصال الذي تترتب عليه جملة من الآثار منها النزاع حول متاع البيت وهو ما تناولته المادة 73من ق.أ[2] والتي يتضح من خلالها أن المشرع وضع قاعدة عقلانية يعتمد عليها القاضي أثناء حكمه على النزاع القائم بين الزوجين حول ملكية أثاث بيت الزوجية حيث نص في المادة73 أنه إذا حدث نزاع بين الزوجين كان القول للزوج فيما هو معتاد للرجل ما لم تقدم الزوجة بينة تثبت عكس ذلك، أما المعتاد للنساء فالقول فيه للزوجة ما لم يثبت الزوج عكس ذلك.

أما إذا كان متاع البيت المتنازع عليه يحتمل أن يصلح للزوجين معا وليس لأحدهما أو لكليهما بينة على امتلاكه فطبقا للمادة2/73 من ق.أ يتقاسمانها مع اليمين وهذا ما قضت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ1998/04/21 بقولها "من المقرر قانونا أن المشترك بين الزوجين في الأمتعة يقتسمانها مع اليمين"[3]، كما قضت في قرار آخر صادر بتاريخ1989/01/16 "من المستقر عليه قضاء وشرعا أن أثاث البيت المخصص للاستعمال الثنائي بين الزوجين يعتبر ملكا للزوج ما لم تثبت الزوجة بالبينة أن ذلك ملك لها اشترته أو هو

1- مصطفى شلبي، مرجع سابق، ص436.

2- "إذا وقع النزاع بين الزوجين أو ورثتهما في متاع البيت وليس لأحدهما بينة فالقول للزوجة أو ورثتها مع اليمين في المعتاد للنساء والقول للزوج أو ورثته مع اليمين في المعتاد للرجال.والمشتركات بينهما يقتسمانها مع اليمين"

3- م.ع.غ.أ.ش،قرار بتاريخ1998/04/21،ملف رقم189245،نقلا عن لوعيل محمد لمين،مرجع سابق، ص94-95.

من جملة صداقها فإن لم يكن هذا فالزوج أحق به مع يمينه، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقواعد الشرعية"[1]

أما فيما يخص تحديد قيمة الأشياء المتنازع عليها بين الزوجين فهناك رأيان:

الأول: يرى أن للقاضي سلطة في تحديد ذلك ولا يجوز له أن يحول سلطته لأي شخص آخر وهذا ما ذهبت إليه المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ1988/04/11"من المقرر قانونا أنه إذا اختلفا الزوجان حول قيمة الأمتعة فللقاضي سلطة في تحديد ذلك، ولا يجوز له تحويل سلطته إلى شخص آخر، ومن ثم فإن القضاء بما يخالف هذا المبدأ يعد مخالفا للقانون–ومتى ثبت في قضية الحال– أن المجلس القضائي لما ترك الأمر بيد المنفذ لتحديد قيمة مبلغ الأمتعة يكون قد تخلى عن عمل يخصه وحده وبقضائه كما فعل خالف القانون".

الثاني: يرى بأن هذه المسألة تعود لأهل الخبرة والفنيين وهو ما أخذت به المحكمة العليا في قرارها الصادر بتاريخ1999/05/18" تقييم مبالغ المتاع مسألة فنية ترجع إلى أهل الخبرة من الصناع والتجار وليس للقضاة...".[2]

وخلاصة القول أن المشرع منح للقاضي سلطة تقديرية في مجال النزاع في متاع البيت، حيث منحه سلطة تقدير ما يكون للرجال وما يكون للنساء كما أجاز له الاستعانة بأهل الخبرة لتقييم المتاع خاصة إذا كانت المبالغ مرتفعة إذ لا تكفي السلطة التقديرية للقاضي وحده في تقييمها.

وخلصت في نهاية هذا المبحث أن المشرع حفاظا على مصلحة الأبناء، وكذا مراعاة منه لحال الزوجين يسرا وعسرا أعطى للقاضي سلطة واسعة في تقدير الآثار المالية الناتجة عن الرابطة الزوجية من خلال منحه السلطة في تقدير النفقة وبدل الخلع وكذا أجرة الرضاع حتى لا يظلم أحد وتحقيقا لمقصد العدل الذي أنيط به.

1- م.ع.غ.أ.ش،قرار بتاريخ1999/05/18،ملف رقم 52212،نقلا عن نبيل صقر وأحمد لعور، مرجع سابق، ص91.

2- أحمد شامي، مرجع سابق ،ص 358.

المبحث الثاني

سلطة القاضي في الآثار غير المالية

باعتبار أن الطفل مخلوق ضعيف فقد أقرت له الشريعة الإسلامية وكذا القوانين الوضعية عناية بالغة، حيث حمته من الضياع فأقرت له الحق في ثبوت نسبه لأبيه، كما خولت له الحق في الرعاية والتربية وذلك من خلال حضانته، غير أنه قد تثور بعض الخلافات سواء في مجال النسب أو الحضانة، مما يستدعي اللجوء إلى القاضي لحلها، لذا سنحاول في هذا المبحث التطرق إلى سلطة القاضي في إثبات النسب ونفيه، ومجال تدخله في الحضانة من خلال سلطته في تقدير مصلحة المحضون وفق التالي:

المطلب الأول

سلطة القاضي في إثبات النسب بالبصمة الوراثية

نص المشرع في قانون الأسرة11/84 في المادة40 منه على طرق إثبات النسب المتعارف عليها عند الفقهاء والتي لا مجال لتدخل القاضي في تقييمها، غير أنه واستجابة للتطورات العلمية الحديثة أدرج الطرق العلمية ضمن وسائل إثبات النسب أثناء تعديل ق.أ بموجب الأمر05-02 في الفقرة 02 من المادة40 وهذا ما سنتناوله كالآتي:

الفرع الأول

ماهية البصمة الوراثية

أولا: تعريف البصمة الوراثية

تعرف بأنها "المادة المجودة في جميع الكائنات الحية، وهي التي تجعل كل إنسان مختلف عن غيره، وهو ما يعرف بالحمض النووي "

كما تعرف بأنها " تعيين هوية الإنسان عن طريق تحليل جزء أو أجزاء من الحمض النووي المتمركز في نواة خلية من خلايا جسمه".[1]

1- محفوظ بن صغير ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق، ص426.

ثانيا: خصائص البصمة الوراثية

تتلخص أهم خصائص البصمة الوراثية فيم ا يلي:

1) انفراد كل شخص ببصمة لا يشاركه فيها شخص آخر إلا في حالة التوائم المتماثلة، فهي أدق وسيلة علمية تم اكتشافها في تحديد هوية الشخص وإثبات أو نفي الأبوة أو الأمومة بنسبة لا تقل عن 90%.

2) يمكن قراءة البصمات الوراثية والمقارنة بينها بسهولة ويسر، ولا تحتاج في الغالب إلى معرفة فائقة أو دقة التأمل، كما تتوافق البصمات باختلاف العينات من أعضاء الجسم.

3) قدرة الحمض لتحمل أسوأ الظروف كارتفاع الحرارة والرطوبة والتلوثات البيئية.[1]

4) إمكانية الاحتفاظ به في الكمبيوتر أو في مختلف وسائل الحفظ واستحضارها كلما دعت الحاجة لذلك.

5) تتميز بتعدد وتنوع مصادرها مما يجعل من الممكن عمل هذه البصمة من أي مخلفات آدمية سائلة (دم، لعاب) أو أنسجة (لحم، عظم، شعر...).

6) أن بصمة الحمض النووي تظهر على شكل خطوط عريضة تختلف في السمك والمسافة نتيجة اختلافها من شخص لآخر.[2]

ثالثا: حالات اللجوء إلى البصمة الوراثية في إثبات النسب.

1) حالة التنازع على مجهول النسب سواء بسبب انتفاء الأدلة أو في حالة وطء الشبهة.

2) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات، و مراكز رعاية الأطفال.

3) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم، أو وجود جثث لم يمكن التعرف على هويتها.[3]

1- أحمد شامي، مرجع سابق، ص376.

2- فاطمة الزهراء رابحي، إثبات النسب، رسالة دكتوراه، جامعة الجزائر1، كلية الحقوق؛2011-2012م، ص158-159.

3- محفوظ بن صغير ،أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق ،ص 429.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في الأخذ بالطرق العلمية لإثبات النسب

نصت الفقرة الثانية من المادة 40 من ق.أ على" يجوز للقاضي اللجوء إلى الطرق العلمية لإثبات النسب"

يفهم من هذه الفقرة أنها أجازت اللجوء إلى الطرق العلمية في إثبات النسب، دون أن تحدد المقصود منها ولا كيفيات تطبيقها، فإثبات النسب بهذه الطرق يمكن الأخذ به كما يمكن عدم الأخذ به، إذ يتضح أن المشرع ترك للقاضي سلطة تقديرية في اللجوء إلى البصمة الوراثية لإثبات النسب، فإذا رأى أن بالملف ما يكفي من أدلة الإثبات المنصوص عليها في الفقرة الأولى من المادة 40، فإنه بإمكانه عدم الاستجابة للطلب الرامي إلى إجراء خبرة البصمة الوراثية[1]. بمعنى أنه لا يجوز للقاضي بأي حال من الأحوال تقديمها على الطرق الشرعية الثابتة لإثبات النسب، ولا يمكن للقاضي اللجوء إليها إلا إذا انتفت لديه جميع طرق الإثبات إذ أنه رغم حجيتها تبقى مجرد وسيلة ودليلا احتياطيا يستعين به في الحالات التي يتعذر فيها عليه إثبات النسب.

وعليه فإنه إذا أمر القاضي بإجراء خبرة طبية لإجراء تحاليل البصمة الوراثية، يتعين عليه أن يقوم بتعيين الخبير مع توضيح مهمته، وهذا كله مع مراعاة عدم التخلي عن صلاحياته لفائدة الخبير، وللقاضي مناقشة محتوى الخبرة، والرد على الدفوع المثارة من قبل الأطراف.

ورغم هذا فإن تقرير البصمة بعد إجراء التحاليل يعتبر خبرة طبية فنية إذ يتمتع القاضي وفقا لسلطته التقديرية بحق تقدير نتائج الخبرة ومحتواها والأخذ بما هو مجدي وَترك ما يعارض الصواب، إذ أنه غير ملزم برأي الخبير، غير أنه ينبغي عليه تسبيب استبعاد نتائج الخبرة طبقا للمادة2/144 من ق.إ.م.[2]

1- فاطمة الزهراء رابحي، المرجع سابق، ص 170.

2- العربي بلحاج ،بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية،2014، ص239.

كما تجدر الملاحظة أن المادة41 من ق.أ.ج نصت على " ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ما لم ينفه بالطرق المشروعة".

يستفاد من نص هذه المادة أن نسب الولد لأمه ثابت مهما كان الحال أما الأب فيمكنه نفي ذلك بالطرق المشروعة، إذ أن نفي النسب لا يكون إلا عن طريق اللعان ولا يمكن نفيه بالطرق العلمية، وهذا ما أكده مجمع الفقه الإسلامي في دورته الخامسة إذ قرر أنه لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب، ولا يجوز تقديمها عن اللعان.[1]

غير أنه يفهم من عموم عبارة "بالطرق المشروعة" الواردة في المادة41 أن المشرع لا يعترض على الوسائل الحديثة في مجال نفي النسب، إذ أن نفي نسب الطفل لا يقتصر على اللعان فقط بل يمكن الاعتماد على كل الوسائل التي يمكن للقاضي إبراز الحقيقة من خلالها، أي أنه يجوز للقاضي وفق سلطته التقديرية أن يعتمد على الطرق العلمية لنفي النسب قياسا على استخدامها في إثبات النسب.

وخلصت في الأخير أن القاضي إذا عرضت عليه قضية نسب فإن المشرع أجاز له إعمالا لسلطته التقديرية الاعتماد على الطرق العلمية في إثباته كما منحه سلطة تقديرية في الأخذ بما جاء في تقرير الخبرة أو استبعاده مع تسبيب ذلك.

المطلب الثاني

مجال تدخل القاضي في الحضانة

نظم المشرع الحضانة في المواد 72.62 منٌ ق.أ.ج ويتضح من خلال هذه النصوص أن المشرع قد منح القاضي سلطة تقديرية واسعة في الحضانة مع التركيز على مصلحة المحضون في كل الأحوال.

1- محفوظ بن صغير ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق، ص428.

الفرع الأول

ماهية الحضانة

1-تعريف الحضانة

لغة: بفتح الحاء وكسرها، ضم الشيء إلى الحضن، وهو الجنب أو الصدر أو العضدان وما بينهما، تقول حضنت الشيء واحتضنته إذا ضممته إلى جنبك وحضنت الأم طفلها إذا ضمته إلى صدرها.

اصطلاحا: هي القيام على تربية الطفل الذي لا يستقل بأمره برعاية شؤونه من تدبير طعامه ونومه وتنظيفه ووقايته عما يهلكه أو يضره[1]، أو هي "الكفالة والتربية والقيام بجميع أمور المحضون ومصالحه".[2]

قانونا: عرفتها المادة62 بقولها "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة خلقا".

وقد ركز المشرع في تعريف الحضانة على أسبابها وأهدافها محددا بذلك نطاق الحضانة ووظائفها، ومن هنا فإنه يتعين على المحكمة عندما تحكم بالطلاق، وتفصل في حق الحضانة أن تراعي كل هذه الجوانب التي تضمنها التعريف.[3]

ثانيا: شروط الحواضن

هناك شروط عامة في النساء والرجال، وشروط خاصة بالنساء وشروط خاصة بالرجال.

1- الشروط العامة في النساء والرجال

- البلوغ فلا حضانة للصغير ولو كان مميزا، لأنه عاجز عن رعاية نفسه.[4]

1-مصطفى شلبي ،مرجع سابق، ص753.

2- أحمد الأمراني، مرجع سابق ،ص201.

3- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح ق.أ،مرجع سابق، ص390.

4- عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق، ص359.

- العقل وذلك لأن الحضانة ولاية، وغير العاقل يحتاج إلى رعاية، فكيف يتولى شؤون غيره وهذا حسب المادة 81 من قانون11/84 وعليه فلا حضانة للمجنون والمجنونة لأنهما في حاجة إلى من يرعى شؤونهما.[1]
- القدرة على التربية إذ يشترط أن تكون الحاضنة قادرة على القيام بشؤون المحضون، فإن كانت عاجزة عن ذلك لانشغالها بغيره، مهملة لشؤون بيتها كثيرة المغادرة له،بأن كانت محترفة – لا تقيم في البيت أكثر النهار والليل– لا تكون أهلا للحضانة،لأن هذا الحق إنما هو لمصلحة الطفل وتربيه ورعايته وصونه وذلك لا يكون مع العجز لمرضها أو لتقدمها في السن، أو عدم القيام بالبيت أكثر النهار وطول الليل.[2]
- الأمانة على الأخلاق فلا حضانة لغير أمين على تربية الولد وتقويم أخلاقه كالفاسق رجلا أو امرأة من سكير أو مشتهر بالزنا.[3]

2– الشروط الخاصة بالرجال:

أن يكون عصبة للصغير على ترتيب الإرث بشرط أن يكون محرما، فلا حضانة لابن العم على الأنثى وله ذلك بالنسبة إلى الصبي كما يشترط أيضا إتحاد الدين بين الأب والصغير اعتمادا على المادة 62 ق.أ.[4]

3–الشروط الخاصة بالنساء:

- ألا تكون متزوجة بأجنبي عن الصغير، أو بقريب غير محرم، فإذا كانت متزوجة بقريب محرم للمحضون كعمه وابن عمه فلا يسقط حقها في الحضانة، وجاء في ق.أ.ج الإشارة إلى هذا الشرط في المادة66.
- أن لا تقيم الحاضنة بالصغير في بيت يبغضه أو يكرهه.[5]

1- سليمان ولد خسال ، مرجع سابق، 184.

2 -عبد الكريم شهبون،الشافي في شرح مدونة الأسرة،ج1،مرجع سابق،ص409.

3-عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق ، ص359.

4- سليمان ولد خسال ،مرجع سابق، ص185.

5-عبد القادر بن حرز الله، مرجع سابق ، ص359–360.

وتجدر الإشارة إلى أن كل هذه الشروط خاضعة للسلطة التقديرية للقاضي فهو الذي يقدر مدى توافرها في الحاضن من عدمها قبل منح الحضانة مراعاة منه لمصلحة المحضون.

الفرع الثاني

سلطة القاضي في تقدير مصلحة المحضون

تعتبر مصلحة المحضون من أهم الأسس التي يعتمد عليها القاضي في إسناد الحضانة ولذلك منحه المشرع سلطة واسعة في ذلك، وسنحاول في هذا الفرع توضيح سلطة القاضي في ترتيب الحواضن وكذا سلطته في إسقاط الحضانة وتمديدها وفق التالي:

1- دور القاضي في ترتيب الحواضن: نص المشرع في المادة 64 ق.أ على أن: الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة، وهذا الترتيب يقوم على أساس سليم، وهو أن قرابة الأم مقدمة على قرابة الأب، عند إتحاد درجة القرابة، لأن الأم مقدمة في الحضانة على الأب فتكون قرابتها سابقة لقرابة الأب في ترتيب الاستحقاق.

ويتضح من هذه المادة كذلك أن حق الحضانة يثبت للنساء أصلا لكونهن أقدر وأصبر من الرجال على تربية الطفل والعناية به[1]. غير أن هذا الترتيب غير ملزم للقاضي بمعنى أنه يراعي مصلحة المحضون بحيث يمكنه أن يمنح حق الحضانة للخالة وهي في المرتبة الخامسة إذا طلبتها وكان من شأنها ضمان مصلحة المحضون.[2]

فالقاضي يملك سلطة تقديرية مطلقة في منح الحضانة لمن يراه أهلا لها ويحقق مصلحة المحضون ومن هنا فلقد أحسن المشرع صنعا عندما خول للقاضي حق اختيار الأصلح انطلاقا من مصلحة المحضون التي ركز عليها كثيرا. وعليه، فإنه يمكن للمحكمة أن تقض بإجبار الأم على الحضانة حتى ولو كانت تنقصها بعض شروط الحضانة مثل تلك التي لا تؤثر على

1- العربي بلحاج ،الوجيز في شرح قانون الأسرة،مرجع سابق، ص382،380.

2 – محفوظ بن صغير ،أحكام الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق،ص303.

ضمان مصلحة المحضون. وقد اسند المشرع فيما ذهب إليه من جعل انتقال الحضانة من الأم إلى الأب مباشرة إلى ما قضت به المحكمة العليا في 2001/02/12.[1]

2– دور القاضي في إسقاط الحضانة:

إن حق الحضانة لا يثبت للحاضن بصفة مؤبدة، وإنما هو أداء أوجبه القانون فإن قام به الحاضن كما أمره القانون بذلك، بقي له إلا أن يبلغ المحضون السن القانونية لنهاية الحضانة، وإن أخل بالالتزامات المتعلقة بالحضانة أو فقد شرط من شروط الحضانة، وجب إسقاطها عليه.[2]

وقد تناول المشرع أسباب سقوط الحضانة في المواد من 66 إلى 70.

إذ نصت المادة 66 على أنه" يسقط حق الحاضنة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون"

ومعنى ذلك أن الزوجة إذا وقع طلاقها من زوجها وأسندت لها حضانة أولادها وتزوجت سقط حقها في الحضانة، وفي هذه الحالة يسند القاضي الحضانة لشخص من الأشخاص المذكورين في المادة64 مع مراعاة مصلحة المحضون في كل الأحوال.

كما يسقط حقها في الحضانة بالتنازل عنها، ويشترط في هذا التنازل أن يصدر عن المحكمة المختصة، وألا يضر ذلك بمصلحة المحضون.

كما يسقط حق الحضانة طبقا للمادة 67 باختلال الشروط المنصوص عليها في المادة 62 سواء تعلقت بأهلية الحاضن، أم اتصلت بالالتزامات المتعلقة بالحضانة غير أن المحكمة تأخذ بعين الاعتبار مصلحة المحضون.[3]

---

1 - م.ع.غ.أ.ش،قرار بتاريخ2001/02/12،ملف رقم256629، المجلة القضائية، عدد2، نقلا عن نبيل صقر، مرجع سابق، ص88.

2- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح ق.أ، مرجع سابق،ص388.

3- المرجع نفسه، ص388.

وإن كان عمل المرأة لا يشكل سببا من أسباب سقوط الحضانة كمبدأ عام فإنه كاستثناء من ذلك يجوز الحكم بإسقاط حق الحضانة على العاملة إذا كان عملها يحرم المحضون من الرعاية والعناية وغيرهما مما يخل بمصلحة المحضون.[1]

كما أنه إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي سقط حقه في الحضانة إذ ذهب المشرع في المادة 69 أنه إذا أراد الشخص الذي صدر حكم الحضانة لصالحه أن يستوطن في بلد أجنبي فإن حقه في الحضانة يسقط، إلا إذا رأى القاضي أن مصلحة المحضون تتطلب أن يبقى مع حاضنه، أما انتقال الحاضن بالمحضون داخل الوطن ولو بعدت المسافة، فلا يسقط حق الحاضن في الحضانة.

وعلى هذا لم يفرق المشرع في الاستيطان بين الحاضن والحاضنة، بقدر ما راعى مصلحة المحضون التي يرجع تقديرها للقاضي.[2]

كما نصت المادة 68 على أنه إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة ممارسة هذا الحق مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها.

وبناء على ما سبق فإن تقدير أسباب سقوط الحضانة أمر موكول للقاضي انطلاقا من قناعته ومصلحة المحضون والظروف المتعلقة بالقضية.[3]

3-دور القاضي في تمديد الحضانة: نصت المادة65 من ق.أ. على "تنقضي مدة حضانة الذكر ببلوغه(10) سنوات، والأنثى ببلوغها سن الزواج، وللقاضي أن يمدد الحضانة بالنسبة للذكر إلى(16) سنة إذا كانت الحاضنة أما لم تتزوج ثانية".

يتضح من هذه المادة أن مدة الحضانة تنتهي ببلوغ الذكر عشر سنوات، أما للأنثى فتنتهي ببلوغها أهلية الزواج، غير أنه إذا بلغ الولد سن العاشرة و تبين أنه ما زال يحتاج إلى

1- عبد العزيز سعد،ق.أ.ج في ثوبه الجديد،مرجع سابق،ص142.

2- محفوظ بن صغير،أحكام الطلاق في الاجتهاد الفقهي وق.أ.ج، مرجع سابق، ص294.

3 - العربي بلحاج ، مرجع سابق، ص89.

رعاية حاضنه جاز للقاضي وإعمالا لسلطته التقديرية أن يمددها من عشر سنوات إلى ستة عشر سنة بالنسبة للذكر وذلك من خلال استصداره أمرا على ذيل عريضة يقتضي ذلك.

ويشترط في التمديد: أن يكون طالب التمديد هو الأم نفسها وأن لا تكون متزوجة ثانية.[1]

أن يكون طلب تمديد الحضانة خلال سنة من نهاية العشر سنوات، فإذا انقضت المدة دون أن يكون للأم عذر في تأخرها سقط حقها في المطالبة بالتمديد.[2]

وفي كل الأحوال على القاضي مراعاة مصلحة المحضون عند الحكم بانتهاء الحضانة (المادة2/65).

وتجدر الملاحظة أن المادة 71 نصت على أن حق الحضانة يعود لصاحبه إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري، بمعنى أنه إذا كان لشخص الحق في الحضانة وسلب منه لسبب من الأسباب القانونية، سيعود إليه إذا توفر لديه السبب الذي كان ينقصه، فإذا سقطت الحضانة لسبب غير اختياري وزال هذا السبب تمكن الحاضن من استرجاع حقه في الحضانة، أما إذا كان سبب زوالها هو تصرف الحاضن نفسه كتزوج الأم بأجنبي عن المحضون، ففي هذه الحالة يعود حقها إذا طلقت أو توفي زوجها، وعودة الحضانة إلى من كان أهلا لها لا يكون إلا بموجب حكم قضائي.[3]

كما أنه ومراعاة لمصلحة المحضون بالدرجة الأولى ألزم المشرع القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة.

كما نص في المادة72 على ضرورة توفير مسكن للحاضنة حتى تستطيع ممارسة حقها في أحسن الظروف وفي حالة عدم تمكنه من ذلك ألزمه بدفع بدل الإيجار، كما نصت المادة نفسها على بقاء المطلقة في بيت الزوجية إلى غاية تنفيذ أحد الأمرين.[4]

1- محمد الشافعي، مرجع سابق، ص 130.

2- أحمد شامي، مرجع سابق، ص449.

3- إيناس بو عصيدة ، "سقوط الحضانة وعودتها"، نشرة المحامي،عدد12، 2013، ص25-26.

4- غنية قري، شرح ق.أ المعدل - دراسة مقارنة بين الشرع والقانون- ،ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011، ص151.

وفي الأخير نخلص أن المشرع من خلال قانون الأسرة منح القاضي سلطة واسعة في مجال الحضانة فمنحه سلطة تقدير الشروط الواجب توافرها في الحاضن، وكذا تقدير أسباب سقوط الحضانة وتمديدها.

خاتمة

الخاتمة:

من خلال ما تم عرضه في هذه الدراسة وبعد عرض السلطة التقديرية للقاضي في شؤون الأسرة نجد أن له سلطة مطلقة في بعض المجالات ومقيدة في بعضها ومن أهم النتائج المتوصل إليها من خلال هذه الدراسة ما يلي:

- أن قانون الأسرة منح للقاضي سلطة مطلقة في مختلف المسائل المتعلقة بالزواج وانحلاله.
- أن سلطة القاضي تظهر جليا في قانون الأسرة في المواضع التي لا يكون فيها نص قانوني، يوجه القاضي إلى طرق حل النزاع المعروض عليه.
- نص المشرع في المادة 222 على أنه كل ما لم يرد النص عليه يرجع فيه إلى أحكام الشريعة، دون أن يحدد للقاضي مذهب معين يرجع إليه، مما يعني منحه سلطة مطلقة في الأخذ بأي مذهب من المذاهب الفقهية طالما كان ذلك يحقق مصلحة المتقاضي.
- أن المشرع منح القاضي سلطة تزويج القاصر متى توافرت المصلحة والضرورة، طبقا للمادة7، كما منحه سلطة الترخيص بتعدد الزوجات إذا رأى أن الزوج قادر على توفير الشروط النصوص عليها في المادة 8 ق.أ.
- أقر المشرع التعويض للطرف المتضرر في حال الفرقة بين الزوجين دون أن يحدد للقاضي المعايير التي يعتمد عليها كما لم يحدد له الحد الأدنى أو الأعلى للتعويض الذي لا يجب عليه النزول دونه.
- أن المشرع من خلال المادة 54 ق.أ. حصر دور القاضي في الخلع من خلال سلطته في تقدير بدل الخلع في حالة الاختلاف بين الزوجين في تحديده، على ألا يتجاوز قيمة صداق المثل وجرده من البحث عن أسبابه.
- منح المشرع القاضي سلطة تقديرية في مجال الحضانة، غير أنه قيده دائما بالتأكد من مصلحة المحضون سواء في منح الحضانة أو إسقاطها أو تمديدها وغيرها من المسائل

المتعلقة بالحضانة، كما سمح للمطلقة الحاضنة بالبقاء في مسكن أب المحضون إلى غاية تنفيذ الحكم القاضي بتوفير مسكن أو دفع بدل الإيجار طبقا للمادة 72.

- أن المشرع جعل للقاضي سلطة الحكم بالطلاق والتعويض للطرف المتضرر في حالة نشوز أحد الزوجين وفقا للمادة 55 دون أن يحدد المقصود منه أو حالاته.
- بإمكان القاضي اللجوء إلى الخبرة الطبية، لإثبات النسب طبقا للمادة 42 ق.أ. كما أنه يجوز الاعتماد عليها في نفي النسب وهو غير ملزم بهذه الخبرة إلا أنه لابد عليه أن يسبب استبعاده لها.
- أن تقدير النفقة الزوجية وكذا نفقة العدة خاضع للسلطة التقديرية للقاضي مع مراعاته في كل الأحوال لحال الطرفين وظروف المعاش.

قائمة

المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم

أولا: كتب الحديث

1- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ط1، ج1، المكتبة العصرية،صيدا، بيروت ، 2006.

2- الترمذي، سنن الترمذي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 2006.

3- النسائي، سنن النسائي، ط1، المكتبة العصرية،صيدا، بيروت، 2006.

ثانيا: الكتب الفقهية

4- أبو زهرة محمد، الأحوال الشخصية، ط3، دار الفكر العربي، القاهرة، 1957.

5- أبو زهرة محمد، محاضرات في عقد الزواج وآثاره، دار الفكر العربي، القاهرة، (د ت ن).

6- أبو العينين بدران، أحكام الزواج والطلاق في الإسلام، ط2، دار التأليف، مصر، 1961.

7- الأشقر عمر سليمان، أحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، عمان، الأردن، 1997.

8- الزحيلي وهبة، الفقه الإسلامي وأدلته، ط4، ج9، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1427هـ-2006م.

9- السباعي مصطفى، المرأة بين الفقه والقانون، دار الوراق للنشر، 1999.

10- الشماع محمد، المفيد من الأبحاث في أحكام الزواج والطلاق والميراث، الدار الشامية، بيروت، 1995.

11- بركات محمود محمد ناصر، السلطة التقديرية للقاضي في الفقه الإسلامي، ط1، دار النفائس، الأردن، 2007.

12- خلاف عبد الوهاب، أحكام الأحوال الشخصية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار القلم، الكويت، 1990.

13- زيدان عبد الكريم، المفصل في أحكام المرأة والبيت المسلم في الشريعة الإسلامية، ط1، ج6، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1993م.

14- زيدان عبد الكريم، الوجيز في أصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت، (د ت ن).

15- شلبي محمد مصطفى، أحكام الأسرة في الإسلام، ط4، الدار الجامعية، بيروت، لبنان، 1982.

رابعا: الكتب القانونية

16- أحمد الأمراني، السلطة التقديرية للقاضي في أحكام الأسرة بين المقاصد الشرعية والقانون الوضعي، ط1، دار القلم، الرباط، 2012.

17- السرطاوي محمود علي، شرح قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، الأردن، (د ت ن).

18- الشافعي محمد، قانون الأسرة في دول المغرب العربي، مراكش، 2009.

19- العربي بلحاج ، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري، ج1(الزواج والطلاق)، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر،1999.

20- العربي بلحاج، بحوث قانونية في قانون الأسرة الجديد، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2014.

21- بن حرز الله عبد القادر، الخلاصة في أحكام الزواج والطلاق، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

22- بن زيطة عبد الهادي، تعويض الضرر المعنوي في قانون الأسرة، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2007.

23- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة الجزائري المعدل، ط1، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

24- بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2013.

25- بن صغير محفوظ، قضايا الطلاق في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، الجزائر، 2012.

26- حداد عيسى، عقد الزواج، منشورات جامعة باجي المختار، عنابة، 2006.

27- دلاندة يوسف، دليل المتقاضي في قضايا شؤون الأسرة، ط3، دار هومة، الجزائر، 2013.

28- ذيابي باديس، صور وآثار فك الرابطة الزوجية في قانون الأسرة، دار الهدى، عين مليلة، الجزائر، 2012.

29- سعد عبد العزيز، الزواج والطلاق في قانون الأسرة الجزائري،ج1، ط3، دار هومة، الجزائر، 1996.

30- سعد عبد العزيز، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومة، الجزائر، 2007.

31- سعد فضيل، شرح قانون الأسرة الجزائري في الزواج والطلاق، ج1، المؤسسة الوطنية للكتاب، الجزائر،1986.

32- شهبون عبد الكريم، الشافي في شرح مدونة الأسرة، ج1، (د م ن)،2000.

33- قري غنية، شرح قانون الأسرة المعدل، ط1، دار طليطلة، الجزائر، 2011.

34- لوعيل محمد لمين، الأحكام الإجرائية والموضوعية لشؤون الأسرة وفق التعديلات الجديدة والإجتهاد القضائي، ط2، دار هومة، الجزائر،2012.

35- ولد خسال سليمان، الميسر في شرح قانون الأسرة الجزائري، ط2، شركة الأصالة، الجزائر،2012.

سادسا: الرسائل الجامعية

36- إلياس مسعودة نعيمة، التعويض عن الضرر في بعض مسائل الزواج والطلاق، (رسالة دكتوراه)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق، 2010/2009.

37- آيت شاوش دليلة، إنهاء الرابطة الزوجية بطلب الزوجة، (رسالة دكتوراه)، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014.

38- تقية عبد الفتاح، الطلاق بين أحكام تشريع الأسرة والاجتهاد القضائي، (رسالة دكتوراه)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق، 2007/2006.

39- رابحي فاطمة الزهراء، إثبات النسب، (رسالة دكتوراه)، جامعة الجزائر، كلية الحقوق،2011 /2012.

40- شامي أحمد، السلطة التقديرية لقاضي شوؤن الأسرة، دراسة مقارنة بين الشريعة والقوانين الوضعية، (رسالة دكتوراه)، جامعة أبي بكر بلقايد، تلمسان، كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2014/2013.

41- كرجاني عثمان، السلطة التقديرية للقاضي في إثبات الزواج وانحلال الرابطة الزوجية، (رسالة ماجيستير)، جامعة امحمد بوقرة، بومرداس، كلية الحقوق، 2012/2011.

سابعا: المقالات

42- بوتغرار علاوة، " ملاحضات حول قانون الأسرة" ، مجلة الموثق، العدد 12، 2005.

43- بوعصيدة إيناس، " سقوط الحضانة وعودتها"، نشرة المحامي،، العدد 12، 2013.

44- عماري نور الدين، " الخلع من رخصة إلى حق أصيل للزوجة بين أحكام القضاء وقانون الأسرة الجزائري"، مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد 13، 2015.

ثامنا: القوانين

45- قانون رقم 09/08 المؤرخ في 2008/2/25 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

46- قانون 1984/11/84 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم بالأمر رقم 02/05 المؤرخ في 2005/2/27.

47- الأمر رقم 58/75 المؤرخ في 1975/09/26 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم.

تاسعا: كتب اللغة

48- ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، بيروت، (دت).

49- الفيروز أبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة، بيروت،2005.

فهرس المحتويات

فهرس المحتويات

المحتوى **الصفحة**

الفصل الثاني: سلطة القاضي في الآثار المترتبة عن الرابطة الزوجية

ملخص المذكرة

باعتبار أن القاضي هو ملجأ المظلومين، فقد منحه المشرع سلطات واسعة فمنحه سلطة تزويج القاصر طبقا للمادة 7من ق.أ.ج، إذا رأى في ذلك مصلحة أو ضرورة، ومتى تأكدت قدرة الطرفين على تحمل أعباء الزواج، كما أعطاه سلطة الترخيص بتعدد الزوجات، بعد دراسة ومناقشة الشروط الواجب توافرها في طالب التعدد، والمذكورة في المادة 8من ق.أ.ج

أما في مجال الطلاق فقد منحه سلطة تقدير مدى تعسف الزوج في طلاقه لزوجته، وكذا تقدير مدى توافر حالات النشوز من خلال المادتين 52و 55من ق.أ.ج، كما أوكله في ذات الوقت بتقدير تعويض عادل للطرف المتضرر.

كما تبرز السلطة التقديرية للقاضي من خلال تقدير الآثار المترتبة عن فك العصمة الزوجية، إذ له سلطة تقدير النفقة وذلك طبقا لحال الزوجين يسرا وعسرا، كما يتدخل في تقدير بدل الخلع إذا اتفق الزوجان على مبدأ الخلع ولم يتفقا على مقداره، وبإمكانه أيضا أن يتدخل لحسم النزاع القائم حول متاع البيت بما له من سلطة تقديرية، كما وتظهر سلطته في مجال الحضانة والنسب، ففي الحضانة له سلطة مطلقة في إسنادها وإسقاطها والمعيار الوحيد الذي يساعده في ذلك هو مراعاة مصلحة المحضون.

أما النسب فله سلطة الاعتماد على الطرق العلمية في إثباته أو نفيه، كما له سلطة استبعاد هذه الخبرة دون أن يكون ملزما بتسبيب ذلك.

Abstract

Considering the judge as a shelter for the oppressed, the legislature gives him wide range of authorities. For example, it provides him with the power of approving marriage according to the Article 07 from the the Familly Law if there is either necessity or benefit. And only if the ability of both sides to bear the needs of marriage is assured. Also, he is given the right to approve for the one who wants to reget married after studing and discussing the conditions which is supposed to exist in the asker. This is claimed in the Article 08 from the previous mentioned demain.

However, in the case of divorce, the legislature hands him with the authority to evaluate to which extent a husband is being unfair in divorce to his wife as well as the unability to handle the duties between the couples according to the Articles 52 and 55 from the previous mentioned demain. In addition to that, the judge is able to consider a fair compensation for the affected part of the two sides. This evaluative power is to appear within the ability to estimate the effect which result from breaking the bond of marriage like the consediration of allimony regarding the couples either good or bad status. If the man agrees to be divorced by his wife but the amount is still undecided the judge has the access to identify it. Also, he can resolve the conflict arises around the furniture of the house. Moreover, the evaluative power lays within other fields like custody and kinship dimensions. In the first part, he has an absolute power to determine wether someone has the right to care of someone else according to one standard which helps him to take into account the advantage of the nursed person whereas in the second, the scientific methods should be followed in proving one's familly ; Neverthless, the judge is not obliged to justify his irreliability upon these prooves.

